

Informativo comentado: Informativo 1007-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO À SAÚDE

- STF determinou que governo deveria detalhar a ordem de preferência na vacinação dentro dos grupos prioritários (quem deveria ser vacinado primeiro dentro do grupo prioritário).

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

- É constitucional lei estadual que limita ligações de telemarketing.

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

- É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica.

SERVIÇOS PÚBLICOS

- Análise da constitucionalidade da Lei 9.472/97.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

- É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos.

DIREITO PENAL

ESTATUTO DO DESARMAMENTO

- Todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou mesmo fora de serviço, independentemente do número de habitantes do Município.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TRIBUNAL DO JÚRI

- Cabe apelação com fundamento no art. 593, III, "d", do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos) se o júri absolver o réu?

EXECUÇÃO PENAL

- É constitucional o art. 29, caput, da LEP, que permite que o preso que trabalhar receba 3/4 do salário-mínimo.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- Mesmo após a EC 87/2015, é necessária a edição de uma lei complementar federal para que se possa cobrar o Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal).

ITCMD

- *Lei estadual não pode instituir imposto sobre doação e herança no exterior, enquanto não houver lei complementar nacional regulamentando a matéria.*

ISS

- *Incide ISS no fornecimento de programa de computador mediante contrato de licenciamento ou cessão do direito de uso, tanto para os “softwares” padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda.*
- *Não se pode exigir que o prestador de serviços que não está localizado no Município faça, obrigatoriamente, um cadastro no órgão da administração municipal, sob pena de retenção do valor do ISS.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

- *A imunidade que era prevista no revogado § 21 do art. 40 da CF/88 dependia de lei para produzir seus efeitos.*

DIREITO INTERNACIONAL

EXPULSÃO

- *É proibida a expulsão caso o estrangeiro tenha filho brasileiro e ele esteja sob a sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva, mesmo que isso tenha ocorrido após o fato ensejador do ato expulsório*

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO À SAÚDE

STF determinou que governo deveria detalhar a ordem de preferência na vacinação dentro dos grupos prioritários (quem deveria ser vacinado primeiro dentro do grupo prioritário)

A pretensão de que sejam editados e publicados critérios e subcritérios de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação, assim como a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse, encontra arrimo:

- nos princípios da publicidade e da eficiência que regem a Administração Pública (art. 37, da CF/88);
- no direito à informação que assiste aos cidadãos em geral (art. 5º, XXXIII, e art. 37, § 2º, II);
- na obrigação da União de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (art. 21, XVII);
- no dever incontornável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), traduzida por uma “existência digna” (art. 170); e
- no direito à saúde (art. 6º e art. 196).

STF. Plenário. ADPF 754 TPI-segunda-Ref/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Em 04/02/2021, o Partido Rede Sustentabilidade ingressou com petição no STF alegando que, diante da escassez de vacinas disponíveis no Brasil, o Plano Nacional de Imunização divulgado pelo Ministério da Saúde seria muito genérico e não teria previsto uma ordem de preferências dentro de cada grupo prioritário. Segundo o Partido, isso poderia gerar várias situações de injustiça.

Por essa razão, o autor pediu que o STF fixasse uma ordem de preferência entre classes e subclasses dos grupos de risco, com critérios objetivos. Assim, por exemplo, dentro dos profissionais de saúde, quais os

que deveriam ser vacinados primeiro? Dentro do grupo de idosos, quais deveriam ser vacinados em primeiro lugar?

Além disso, o Partido pediu para que houvesse publicidade dos nomes dos vacinados, para que as pessoas “furadoras de fila” fossem responsabilizadas.

O STF deferiu o pedido formulado?

Em 08/02/2021, o Min. Ricardo Lewandoski, monocraticamente, determinou ao Governo Federal que divulgasse, no prazo de cinco dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.

Em 27/02/2021, o Plenário do STF referendou a liminar afirmando que:

A pretensão de que sejam editados e publicados critérios e subcritérios de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação, assim como a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse, encontra arrimo:

- nos princípios da publicidade e da eficiência que regem a Administração Pública (art. 37, da CF/88);
- no direito à informação que assiste aos cidadãos em geral (art. 5º, XXXIII, e art. 37, § 2º, II);
- na obrigação da União de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (art. 21, XVII);
- no dever incontornável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput), traduzida por uma “existência digna” (art. 170); e
- no direito à saúde (art. 6º e art. 196).

STF. Plenário. ADPF 754 TPI-segunda-Ref/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que Administração Pública adote medidas concretas, asseguratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos essenciais, como é o caso da saúde.

O Ministério da Saúde divulgou o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (2ª edição) e nele consta a população que seria imunizada prioritariamente e a estimativa de doses necessárias. No entanto, não foi detalhado adequadamente qual a ordem de cada grupo, dentro de um universo de milhões de pessoas.

O STF afirmou que, diante dessa lacuna, seria previsível que o Poder Judiciário seria acionado em múltiplas ações nas quais pessoas dentro de um mesmo grupo pediriam prioridade, gerando inúmeras decisões judiciais, algumas conflitantes, o que provocaria insegurança jurídica.

Além disso, foi ressaltado o perigo decorrente da ausência de discriminação categorizada dos primeiros brasileiros que seriam vacinados. Na visão do STF, faltaram parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante da enorme demanda e da escassez de imunizantes.

O direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, com destaque para a saúde coletiva, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas.

É preciso rememorar que decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS**É constitucional lei estadual que limita ligações de telemarketing****Importante!!!****Mudança de entendimento!****Atualize o Info 822-STJ**

Normas estaduais que disponham sobre obrigações destinadas às empresas de telecomunicações, relativamente à oferta de produtos e serviços, incluem-se na competência concorrente dos estados para legislarem sobre direitos do consumidor.

STF. Plenário. ADI 5962/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 25/2/2021 (Info 1007).

Lei estadual limitando ligações de telemarketing

No Estado do Rio de Janeiro foi editada lei limitando as ligações de telemarketing.

A lei afirmou que as companhias de telefonia fixa e móvel devem manter um cadastro de pessoas que não querem receber ligações de telemarketing.

Assim, as empresas de telemarketing, antes de iniciar uma campanha, deverão consultar essa lista e não poderão ligar para os números que estiverem ali.

Veja a lei:

Lei estadual nº 4.896/2006

Art. 1º Fica assegurado o direito de privacidade aos usuários do serviço de telefonia, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no que tange ao recebimento de ofertas de comercialização de produtos ou serviços por via telefônica.

§ 1º Para consecução do disposto no caput deste artigo, ficam as empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Telefonia Móvel, que atuam na área de abrangência em todo Estado do Rio de Janeiro, obrigadas a constituir e a manter cadastro especial de assinantes que manifestem oposição ao recebimento, via telefônica, de ofertas de comercialização de Produtos ou serviços.

§ 2º As empresas que utilizam os serviços de telefonia de bens ou serviços deverão, antes de iniciar qualquer campanha de comercialização, consultar os cadastros dos usuários que tenham requerido privacidade, bem como se absterem de fazer ofertas de comercialização para os usuários constantes dos mesmos.

Art. 1º A – Fica estabelecido que os telefonemas para oferta de produtos e serviços aos que não constarem na lista de privacidade telefônica devem ser realizados exclusivamente de segunda a sexta-feira, das 8h (oito horas) às 18h (Dezoito horas), sendo vedada qualquer ligação de telemarketing aos sábados, domingos e feriados em qualquer horário. (Incluído pela Lei 7853/2018).

Art. 1º B Em qualquer caso, a oferta de produtos e serviços somente poderá ser efetuada mediante a utilização pela empresa de número telefônico que possa ser identificado pelo consumidor, sendo vedado a utilização de número privativo, devendo ainda identificar a empresa logo no início da chamada. (Incluído pela Lei 7853/2018).

(...)

Art. 4º O não atendimento do previsto no art. 1º desta Lei, sujeitará o responsável ao pagamento de multa nos termos do Código de Defesa do Consumidor. (Nova redação dada pela Lei 7.885/2018).

(...)

ADI

A Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix) e Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel) ajuizaram ADI contra a lei alegando que não cabe ao legislador estadual editar normas sobre telecomunicações nem interferir na relação contratual entre o poder concedente e as empresas concessionárias.

As autoras argumentaram que a ANATEL já criou o portal “Não me perturbe”, com essa finalidade.

Essa lei é inconstitucional?

NÃO.

Normas estaduais que disponham sobre obrigações destinadas às empresas de telecomunicações, relativamente à oferta de produtos e serviços, incluem-se na competência concorrente dos estados para legislarem sobre direitos do consumidor.

STF. Plenário. ADI 5962/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 25/2/2021 (Info 1007).

A referida lei estadual não criou obrigações nem direitos relacionados à execução contratual da concessão de serviços de telecomunicações. O que a lei buscou foi apenas ampliar os mecanismos de tutela da dignidade dos usuários — “destinatários finais”, na dicção do art. 2º do CDC, a prever cadastro de usuários contrários ao recebimento de ofertas de produtos ou serviços. Tem-se, dessa forma, manifestação do exercício da competência concorrente dos estados para legislar sobre direitos do consumidor, nos termos do art. 24, V, da CF/88:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)
V - produção e consumo;

Vale ressaltar que se trata de uma mudança de entendimento considerando que o STF possuía julgado em sentido contrário: STF. Plenário. ADI 3959/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20/4/2016 (Info 822).

DIREITO ADMINISTRATIVO**SERVIDORES PÚBLICOS**

É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica

O mecanismo de atualização do piso nacional do magistério da educação básica, previsto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.738/2008, é compatível com a Constituição Federal:

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

STF. Plenário. ADI 4848/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Piso salarial profissional nacional para o magistério público da educação infantil

A Constituição Federal, com o objetivo de valorizar os professores da rede pública de ensino, determinou que a lei deveria fixar um piso salarial nacional para os profissionais da educação pública. Em outras

palavras, ordenou que lei estipulasse um “salário” mínimo nacional específico para os profissionais da educação da rede pública de ensino, valor que deveria ser respeitado pela União, Estados, DF e Municípios. Veja:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela EC 53/2006)

Lei nº 11.738/2008

Cerca de dois anos depois, foi editada a Lei nº 11.738/2008 regulamentando o art. 206, VIII, da CF/88 e fixando o piso salarial profissional nacional para o magistério público da educação básica, sendo esse o valor mínimo a ser observado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios quando da fixação do vencimento inicial das carreiras.

Confira o que diz a Lei nº 11.738/2008:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica a que se refere a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

(...)

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Desse modo, o piso salarial é o valor mínimo que os professores da rede pública, em início de carreira, devem receber. A quantia é atualizada anualmente. Esses profissionais devem ter formação em magistério em nível médio (ou antigo “curso normal”), carga horária de trabalho de 40h semanais, e atuar em estabelecimentos públicos de ensino na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.

ADI 4848

Os Governadores de seis Estados (Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina) ajuizaram ADI contra o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.738/2008.

Em síntese, os requerentes alegam que o dispositivo afrontaria:

- a) os arts. 37, caput e inciso X; 39, § 4º; e 206, VIII, da Constituição; e o art. 60, III, e, do ADCT, porque autorizaria a atualização do piso nacional sem observância da reserva legal – sendo que, na prática, o reajuste viria ocorrendo por notas do Ministério da Educação, baseadas em Portarias;
- b) os arts. 61, § 1º, II, a; 165, III; e 169, § 1º, I e II, da CF/88, já que a delegação ao Ministério da Educação para fixação anual do valor do piso não seria acompanhada da definição, por lei, de critérios para a apuração do índice, além de ocorrer sem prévia dotação orçamentária – essa sistemática, segundo os requerentes, “retira dos entes federados todo e qualquer controle sobre seus orçamentos, além de usurpar atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo estaduais;
- c) o art. 37, XIII, da Constituição, uma vez que estabelece a vinculação automática da remuneração dos servidores a um índice de aumento sobre o qual os Estados não têm ingerência.

O STF concordou com os argumentos dos autores?

NÃO. O STF, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ADI.

É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica.

O mecanismo de atualização do piso nacional do magistério da educação básica, previsto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.738/2008, é compatível com a Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 4848/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

A previsão de mecanismos de atualização é uma consequência direta da existência do próprio piso. A edição de atos normativos pelo Ministério da Educação, nacionalmente aplicáveis, objetiva uniformizar a atualização do piso nacional do magistério em todos os níveis federativos e cumprir os objetivos previstos no art. 3º, III, da CF/88.

A Constituição impõe ao Poder Público a criação de diretrizes legais uniformes em matéria educacional, para que iguais condições de formação e desenvolvimento estejam à disposição de toda a população em idade escolar, independentemente do estado ou município, bem como para evitar que realidades socioeconômicas desiguais criem distinções entre a formação elementar recebida.

Não se constatam, ademais, violações aos princípios da separação dos Poderes e da legalidade, já que o piso salarial tem os critérios de cálculo de atualização estabelecidos pela Lei nº 11.738/2008, sendo fixado um valor mínimo que pode ser ampliado conforme a realidade de cada ente.

Além disso, a lei prevê a complementação pela União de recursos aos entes federativos que não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir os valores referentes ao piso nacional. Não caracterizada, portanto, ingerência federal indevida nas finanças dos estados e nem violação aos princípios orçamentários.

Não caracterizada, de igual modo, violação ao art. 37, XIII, da CF/88, pois, longe de ter criado uma “vinculação automática da remuneração dos servidores a um índice de aumento sobre o qual os Estados não têm ingerência”, a União, por meio da Lei nº 11.738/2008, prevê uma política pública essencial ao Estado Democrático de Direito, com a previsão de parâmetros remuneratórios mínimos que valorizem o profissional do magistério na educação básica.

SERVIÇOS PÚBLICOS

Análise da constitucionalidade da Lei 9.472/97

Importante!!!

O art. 18, I, II e III da Lei 9.472/97 é compatível com os arts. 21, XI, e 48, XII, da CF/88

A competência atribuída ao chefe do Poder Executivo para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em perfeita consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, e VI, da Constituição Federal.

Interpretação conforme dada ao art. 19, IV e X

A competência da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

O art. 19, IV e X, da Lei 9.472/97, desse modo, é constitucional.

Impossibilidade de a ANATEL realizar busca e apreensão (o inciso XV do art. 19 é inconstitucional)

A busca e posterior apreensão efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a ANATEL, mostra-se inconstitucional diante da violação ao disposto no princípio da inviolabilidade de domicílio, à luz do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Logo, o art. 19, XV, da Lei nº 9.472/97 é inconstitucional.

Intepretação conforme do art. 22, II

A competência atribuída ao Conselho Diretor da ANATEL para editar normas próprias de licitação e contratação (art. 22, II, da Lei nº 9.472/97) deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e aos contratos, em respeito ao princípio da legalidade.

É inconstitucional a expressão “serão disciplinados pela Agência” contida no art. 55 da Lei

Diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias por lei de mesma hierarquia da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93). Portanto, sua disciplina deve ser feita por meio de lei, e não de atos infralegais, em obediência aos artigos 21, XI, e 22, XXVII, do texto constitucional.

Interpretação conforme do art. 59

A contratação, a que se refere o art. 59 da Lei nº 9.472/97, de técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de competência da ANATEL, deve observar o regular procedimento licitatório previsto pelas leis de regência.

Constitucionalidade dos arts. 65, III, §§ 1º e 2º, 66 e 69 da Lei

A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço.

Inconstitucionalidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados” previstas no art. 119 da Lei nº 9.472/97

A ANATEL não pode disciplinar procedimento licitatório simplificado por meio de norma de hierarquia inferior à Lei Geral de Licitações, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal. Por isso, são inconstitucionais as expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados” do art. 119, da Lei nº 9.472/97.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Lei nº 9.472/97

A Lei nº 9.472/97 tratou sobre dois assuntos principais:

- a) disciplinou os serviços de telecomunicações no Brasil; e
- b) criou a ANATEL, agência reguladora dos serviços de telecomunicações.

ADI

Ainda em 1997, dois partidos políticos ajuizaram ADI contra alguns dispositivos dessa Lei.

Em 1998, a liminar foi indeferida e, em 2021, a ação foi definitivamente julgada.

O STF, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido.

Vejamos o que foi decidido.

O art. 18, I, II e III da Lei 9.472/97 é compatível com os arts. 21, XI, e 48, XII, da Constituição Federal

Os requerentes questionam o art. 18, I, II e III da Lei nº 9.472/97:

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:
I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;
II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;
III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;
(...)

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

Os autores argumentam que esses assuntos teriam que ser tratados por meio de lei em sentido formal (e não por decreto).

O STF considerou constitucional a previsão.

As medidas previstas no art. 18 são relacionadas com a execução da política de telecomunicações definidas no corpo da Lei nº 9.472/97 e estão condicionadas (“limitadas”) por várias normas desse diploma.

O *caput* do art. 18 da Lei 9.472/97 deixa claro que o Presidente da República deverá editar o decreto observando (cumprindo) as disposições da Lei.

É ínsito ao poder regulamentar atuar *secundum legem* (segundo a lei) e *intra legem* (quando a norma é muito geral e possui lacunas que precisam ser preenchidas).

Assim, atendidos os limites da legislação que rege a matéria, a Lei nº 9.472/97, ao tempo em que confere tal poder ao Presidente da República, também fixa parâmetros para o seu exercício.

Conclusão do STF:

A competência atribuída ao chefe do Poder Executivo para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em perfeita consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, e VI, da Constituição Federal.

O art. 18, I, II e III da Lei nº 9.472/97 é compatível com os arts. 21, XI, e 48, XII, da Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Impugnação quanto às competências da ANATEL (interpretação conforme dada ao art. 19, IV e X)

O art. 19 da Lei nº 9.472/97 trata sobre as competências da ANATEL.

Os requerentes impugnam os incisos IV e X, alegando que teria havido indevida delegação do poder de legislar. Veja o que dizem os dispositivos:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

A alegação foi rejeitada pelo STF.

Cabe às agências reguladoras, como a ANATEL, desempenhar a tarefa ordenadora e fiscalizatórias dos setores a elas submetidos. E, para a adequada execução dessa função, é necessário que elas tenham o poder de expedir normas relacionadas à sua atividade regulatória.

Assim, a agência reguladora possui a competência para, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços.

Não se trata, portanto, de delegação de poderes legislativos, pois a expedição de normas regulatórias é sempre exercida com fundamento na lei, que também lhe serve de limite, mas que não esgota as possibilidades de mediação dos interesses diversos colocados para composição pelos órgãos reguladores.

Conclusão do STF:

A competência da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

O art. 19, IV e X, da Lei 9.472/97, desse modo, é constitucional.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Assim, o Tribunal deu interpretação conforme à Constituição da República, sem redução de texto, ao art. 19, incisos IV e X, da Lei nº 9.472/97, com o objetivo de fixar exegese segundo o qual a competência da ANATEL para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

O STF havia chegado a conclusão semelhante no caso da ANVISA:

A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).

A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária.

Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial.

STF. Plenário. ADI 4874, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 01/02/2018.

Impossibilidade de a ANATEL realizar busca e apreensão (o inciso XV do art. 19 é inconstitucional)

O art. 19, XV, da CF/88 prevê a possibilidade de a ANATEL realizar busca e apreensão nos seguintes termos:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, imparcialidade e publicidade, e especialmente:
(...)

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

Essa previsão foi reputada inconstitucional.

A medida do art. 19, XV, da Lei nº 9.472/97 é realizada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a agência e, neste caso, ofende a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição):

Art. 5º (...)

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Segundo a jurisprudência do STF, o conceito de domicílio não está limitado à residência domiciliar, mas abarca também qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Dessa forma, esse dispositivo ofende a garantia da inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF/88).

Conclusão do STF:

A busca e posterior apreensão efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a ANATEL, mostra-se inconstitucional diante da violação ao disposto no princípio da inviolabilidade de domicílio, à luz do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Logo, o art. 19, XV, da Lei nº 9.472/97 é inconstitucional.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Impugnação quanto a dispositivos que regem as licitações para obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações (art. 22, II)

Confira o que preconiza o art. 22, II, da Lei:

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

Os partidos requerentes questionam a constitucionalidade do art. 22, II da Lei sob o argumento de que as regras de licitação e contratação devem ser definidas pela União por meio de lei em sentido formal.

O STF resolveu dar interpretação conforme ao dispositivo.

As agências reguladoras não possuem a prerrogativa de legislar em matéria de licitação.

Primeiro, porque isso viola a competência legislativa privativa da União (art. 22, XXVII, da CF/88).

Segundo, porque inovar no ordenamento jurídico não se encontra dentre os atributos que a função regulatória desses órgãos detêm, uma vez que eles colmatam lacunas propositais de natureza técnica na legislação, mas não podem estabelecer, de forma originária e primária, deveres e obrigações aos particulares, menos ainda exercer atividade criativa no que concerne a modalidades licitatórias e contratuais.

Assim, a competência das agências deve ficar restrita ao atendimento de peculiaridades inerentes aos serviços, sem prejuízo, portanto, do sistema de licitação, tal como existente na ordem jurídica em vigor.

Conclusão do STF:

A competência atribuída ao Conselho Diretor da ANATEL para editar normas próprias de licitação e contratação (art. 22, II, da Lei nº 9.472/97) deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e aos contratos, em respeito ao princípio da legalidade.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Inconstitucionalidade da expressão “serão disciplinados pela Agência” prevista no art. 55 da Lei

O art. 55 da Lei nº 9.472/97 prevê o seguinte:

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:
(...)

O STF julgou inconstitucional esse dispositivo.

De fato, os serviços de telecomunicações possuem determinadas especificidades que justificam a criação de novas modalidades licitatórias. No entanto, isso deve ocorrer pela via legal, uma vez que a lei que instituiu as modalidades de licitação tem a mesma hierarquia da lei geral de licitações.

A inserção, no ordenamento jurídico, de novas modalidades licitatórias, por lei que tem o mesmo status que a Lei Geral de Licitações não viola a Carta Magna. Todavia, para que seja respeitado o princípio da reserva legal e, ainda, tendo em vista que a consulta é instituto que não está restrito à ANATEL, mas cuja aplicação foi estendida, por meio do art. 37 da Lei nº 9.986/2000, a todas as agências reguladoras, a disciplina deve dar-se mediante lei.

Conclusão do STF:

Diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias por lei de mesma hierarquia da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93). Portanto, sua disciplina deve ser feita por meio de lei, e não de atos infralegais, em obediência aos artigos 21, XI, e 22, XXVII, do texto constitucional.

Em razão disso, é inconstitucional a expressão “serão disciplinados pela Agência” contida no art. 55 da Lei 9.472/97.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Interpretação conforme do art. 59

O art. 59 da Lei nº 9.472/97 prevê:

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

A contratação, a que se refere o art. 59 da Lei nº 9.472/97, de técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de competência da ANATEL, deve observar o regular procedimento licitatório previsto pelas leis de regência.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

A contratação sem o procedimento licitatório previsto pelas leis de regência fere o art. 22, XXVII, da CF/88.

Constitucionalidade dos arts. 65, III, §§ 1º e 2º, 66 e 69 da Lei

Veja os dispositivos impugnados:

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação;

(...)

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

Diante da existência de parâmetros definidores na legislação, e da permissão constitucional para a prestação do serviço de telecomunicações pelo regime privado, por meio de autorização, não se vislumbra inconstitucionalidade nos arts. 65, III, §§ 1º e 2º, 66 e 69 da Lei 9.472/97.

A atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório.

A previsão constitucional do art. 21, XI, permite a exploração “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei”.

Portanto, a despeito da previsão mais genérica do art. 175 da CF/88, no caso dos serviços de telecomunicações, é o texto constitucional que permite a exploração por meio de autorização, o que significa conferir à Administração a faculdade de instituir um regime privado, submetido à livre concorrência, ainda que derrogado parcialmente pela regulação estabelecida pela ANATEL.

Conclusão do STF:

A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Inconstitucionalidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados” previstas no art. 119 da Lei nº 9.472/97

Confira o diz o art. 119 da Lei nº 9.472/97:

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

As normas licitatórias são cogentes, não viabilizando atuação livre deste ou daquele administrador, por maior que lhe seja a envergadura.

Conclusão do STF:

A ANATEL não pode disciplinar procedimento licitatório simplificado por meio de norma de hierarquia inferior à Lei Geral de Licitações, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal.

Por isso, são inconstitucionais as expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados” do art. 119, da Lei nº 9.472/97.

STF. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

ECA

CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
**É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar,
dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos**

São incompatíveis com a Constituição Federal as regras previstas no Decreto nº 10.003/2019, que, a pretexto de regular o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda), frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes.

Não bastasse isso, essas normas violam o princípio da legalidade.

STF. Plenário. ADPF 622/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Conselhos

O ECA (Lei nº 8.069/90) previu a necessidade de serem criados conselhos para deliberar e controlar as ações voltadas à defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes:

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

(...)

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

Conanda

Em nível federal, a Lei nº 8.242/91 criou o Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente).

Principais competências do Conanda (art. 2º):

- I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução;
- II - zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
- III - dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais, aos órgãos estaduais, municipais, e entidades não-governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos no ECA;
- IV - avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente;
- V - gerir o Fundo Nacional para criança e adolescente.

Como é composto o Conanda?

A Lei nº 8.242/91 afirmou que o Conanda é integrado por representantes do Poder Executivo, assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 3º).

Decreto nº 10.003/2019

Em 2019, o Presidente da República editou o Decreto nº 10.003 alterando as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conanda.

Além disso, os membros do Conselho foram destituídos mesmo estando ainda no curso dos seus mandatos.

O Procurador-Geral da República ajuizou ADPF contra o referido Decreto afirmando que a norma impugnada, na prática, esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho, em violação aos princípios da democracia participativa (arts. 1º, parágrafo único, CF/88), da igualdade (art. 5º, I, CF/88), da segurança jurídica (art. 5º, CF/88), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF/88) e da vedação ao retrocesso institucional (art. 1º, caput e III; art. 5º, XXXVI e §1º; art. 60, §4º, CF/88).

O que o STF decidiu? Esse Decreto afronta a Constituição Federal?

SIM.

As regras do Decreto contrariam norma constitucional expressa, que exige a participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

(...)

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Art. 227 (...)

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Vale, ainda, esclarecer que o art. 3º da Lei nº 8.242/91 assegura a paridade na representação do Poder Público e da sociedade civil no Conanda, bem como entrega ao próprio Conselho a atribuição de dispor sobre seu funcionamento, nela incluídos os critérios de escolha de seu presidente e a seleção dos representantes das entidades da sociedade civil.

As regras do Decreto nº 10.003/2019, na prática, esvaziam e inviabilizam essa atuação. Elas acabam por conferir ao Poder Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda, a neutralizar o órgão como instância crítica de controle.

Ademais, o decreto impugnado ofende o princípio da legalidade ao desrespeitar as normas que regem o Conselho e, ao procurar modificar o funcionamento do Conanda mediante decreto, quando necessário lei, exclui a presença do Congresso Nacional em debate de extrema relevância para o País.

São incompatíveis com a Constituição Federal as regras previstas no Decreto nº 10.003/2019, que, a pretexto de regular o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda), frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes.

Não bastasse isso, essas normas violam o princípio da legalidade.

STF. Plenário. ADPF 622/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Dispositivo do acórdão

O Plenário do STF julgou procedente, em parte, o pedido formulado na ação para declarar a constitucionalidade:

a) dos arts. 79; 80, caput e § 3º; e 81 do Decreto nº 9.579/2018, com a redação dada pelo Decreto 10.003/2019. Obs: para fins de concurso não é necessário que você saiba com detalhes o que dizem esses artigos. Eles restringiam a escolha dos representantes das entidades da sociedade civil e a frequência das reuniões do Conselho); e

b) do art. 2º do Decreto 10.003/2019 (*Art. 2º Ficam dispensados todos os membros do Conanda na data de entrada em vigor deste Decreto*).

Em razão disso, restabeleceu:

- a) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final;
- b) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda (Resolução 127/2018);
- c) a realização de reuniões mensais pelo órgão;
- d) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; e
- e) a eleição do Presidente do Conselho por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno.

Igualmente em votação majoritária, o colegiado deixou de acolher o autor para ADPF que pedia para o STF declarar como incompatíveis com a Constituição Federal:

- a) a redução paritária do número de representantes do Poder Público e da sociedade civil, que, contudo, valerá apenas a partir do início dos novos mandatos;
- b) o voto de qualidade do presidente do Conanda, critério aparentemente razoável de solução de impasse;
- c) a impossibilidade de recondução de representantes da sociedade civil.

Quanto aos três itens acima listados, o STF entendeu que não ficou demonstrada a conexão entre os dispositivos correspondentes e a fragilização da participação da sociedade civil.

Por fim, advertiu que o reconhecimento da inconstitucionalidade da redação dada — pelo Decreto 10.003/2019 — ao art. 79 do Decreto 9.579/2018 não implica repristinação do texto original de seu § 3º.

DIREITO PENAL

ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou mesmo fora de serviço, independentemente do número de habitantes do Município

Importante!!!

O art. 6º, III e IV, da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) somente previa porte de arma de fogo para os guardas municipais das capitais e dos Municípios com maior número de habitantes. Assim, os integrantes das guardas municipais dos pequenos Municípios (em termos populacionais) não tinham direito ao porte de arma de fogo.

O STF considerou que esse critério escolhido pela lei é inconstitucional porque os índices de criminalidade não estão necessariamente relacionados com o número de habitantes.

Assim, é inconstitucional a restrição do porte de arma de fogo aos integrantes de guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes e de guardas municipais dos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço.

Com a decisão do STF todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou mesmo fora de serviço. Não interessa o número de habitantes do Município.

STF. Plenário. ADC 38/DF, ADI 5538/DF e ADI 5948/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 27/2/2021 (Info 1007).

Guardas municipais

Guarda municipal é uma instituição de caráter civil, uniformizada e armada, vinculada ao Poder Executivo Municipal, formada por servidores públicos efetivos, concursados, e que tem por função a proteção dos bens, serviços e instalações do Município.

Veja o que diz a Lei nº 13.022/2014 (Estatuto Geral das Guardas Municipais):

Art. 2º Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A guarda municipal mereceu previsão expressa na CF/88:

Art. 144 (...)

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

As guardas municipais podem atuar na segurança pública?

As guardas municipais sempre tiveram um papel mais relacionado com a proteção do patrimônio físico dos Municípios (prédios públicos, escolas, parques etc.). Isso se dava em virtude da interpretação restritiva do § 8º do art. 144 da CF/88: as guardas municipais são destinadas à proteção dos “bens, serviços e instalações” dos Municípios.

A Lei nº 13.022/2014 ampliou essa interpretação prevendo que as guardas municipais possam colaborar de forma mais intensa com a segurança pública nas cidades, atuando em parceria com as Polícias Civil, Militar e Federal. Confira o texto da Lei:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

(...)

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

(...)

IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades;

(...)

XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

(...)

XV - contribuir no estudo de impacto na segurança local, conforme plano diretor municipal, por ocasião da construção de empreendimentos de grande porte;

XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignatários; e

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.

Repare que não há nenhuma inconstitucionalidade no fato de a Lei nº 13.022/2014 ter elencado situações em que as guardas municipais possam atuar em prol da segurança pública. Isso porque:

- 1) a guarda municipal é um órgão que também integra o sistema de segurança pública, considerando que se encontra prevista em um parágrafo do art. 144 da CF/88, que trata sobre o tema;
- 2) a atuação da guarda municipal em prol da segurança pública, na forma como foi prevista pela Lei nº 13.022/2014, é sempre conexa com as suas atribuições constitucionais ou, quando for mais ampla, ocorre em colaboração com as Polícias.

Ex1: a Lei determinou que a guarda deverá “prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais” (inciso II do art. 5º).

Ex2: compete à guarda “atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais” (inciso III do art. 5º);

Ex3: “colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social” (inciso IV);

3) o art. 5º da Lei ressalta que a guarda municipal, no exercício de suas competências, deverá respeitar as competências dos órgãos federais e estaduais.

Os integrantes das guardas municipais possuem porte de arma de fogo?

O tema é regido pela Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

Veja o que dizem os incisos III e IV do art. 6º desse diploma:

<p>Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para: (...)</p> <p>III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;</p> <p>IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;</p> <p>(...)</p> <p>§ 7º Aos integrantes das guardas municipais dos Municípios que integram regiões metropolitanas será autorizado porte de arma de fogo, quando em serviço.</p>

Pela literalidade da lei, o porte de arma de fogo dos guardas municipais obedece a quatro hipóteses:

<p>1) Todas as capitais e os Municípios do interior com mais de 500 mil habitantes</p>	<p>Os guardas municipais possuem porte de arma de fogo em serviço ou mesmo fora de serviço. Têm direito de portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela instituição.</p>
<p>2) Municípios com mais de 50 mil habitantes e menos que 500 mil habitantes</p>	<p>Os guardas municipais possuem porte de arma de fogo somente quando estiverem em serviço. Não podem utilizar a arma fora de serviço.</p>
<p>3) Municípios com menos de 50 mil habitantes e que sejam integrantes de região metropolitana.</p>	<p>Os guardas municipais possuem porte de arma de fogo somente quando estiverem em serviço. Não podem utilizar a arma fora de serviço.</p>
<p>4) Municípios com menos de 50 mil habitantes e que não sejam integrantes de região metropolitana.</p>	<p>Os guardas municipais NÃO possuem porte de arma de fogo.</p>

ADI

Foram ajuizadas duas ações diretas de constitucionalidade contra essa previsão.

O partido político autor de uma das ações alegou que o critério utilizado pela Lei nº 10.826/2003 para permitir, ou não, o porte de arma de fogo foi apenas o número de habitantes. Ocorre que esse critério seria inadequado porque existem certas localidades com alto grau de criminalidade, mesmo sendo Municípios com um número pequeno de habitantes. Essa distinção feita pela lei seria, portanto, inconstitucional.

O STF concordou com o pedido formulado na ADI? Essa previsão é inconstitucional?

SIM.

É inconstitucional a restrição do porte de arma de fogo aos integrantes de guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes e de guardas municipais dos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço.

STF. Plenário. ADC 38/DF, ADI 5538/DF e ADI 5948/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 27/2/2021 (Info 1007).

A comprovada participação das guardas municipais no combate à criminalidade, principalmente nos Municípios com menos de 500 mil habitantes, e as estatísticas de mortes violentas (homicídios, latrocínios, lesões dolosas seguidas de morte e intervenções legais) demonstram que o aumento da criminalidade violenta não está direta e necessariamente relacionada com o número de habitantes dos Municípios. Diante disso, é impossível compatibilizar dados estatísticos, que retratam um componente importante da violência urbana, com o fator discriminante eleito nos dispositivos impugnados. O aumento maior do número de mortes violentas, nos últimos anos, tem sido consistentemente maior exatamente nos Municípios considerados “pequenos”.

Desse modo, verifica-se que o critério escolhido pela lei vai de encontro ao princípio da igualdade, que exige que situações iguais sejam tratadas igualmente, e que eventuais fatores de diferenciação guardem observância ao princípio da razoabilidade, que pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.

A opção do Poder Público será ilegítima se for feita sem racionalidade, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa da CF/88. Isso porque a razoabilidade engloba a prudência, a proporção, a indiscernibilidade, a proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não arbitrariedade.

A razoabilidade deve ser utilizada como parâmetro para que sejam evitados, como ocorreu nesse caso, os tratamentos excessivos, inadequados.

Diante de tudo que foi exposto, o STF entendeu que a solução exigível, adequada e não excessiva a ser adotada é conceder porte de arma, de forma idêntica, a todos os integrantes das guardas civis, considerando que eles participam, de forma efetiva, da segurança pública e tendo em vista que os índices de mortes violentas nos diversos Municípios não estão relacionados com o número de habitantes.

Em suma:

Com a decisão do STF todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou mesmo fora de serviço. Não interessa o número de habitantes do Município.

Os guardas municipais têm direito de portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela instituição.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TRIBUNAL DO JÚRI

Cabe apelação com fundamento no art. 593, III, “d”, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos) se o júri absolver o réu?

Importante!!!

Tema polêmico!

Cabe apelação com fundamento no art. 593, III, “d”, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos) se o júri absolver o réu?

STJ: SIM (posição pacífica).

STF: NÃO (posição majoritária).

A 3^a Seção do STJ firmou o entendimento de que a anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença (ainda que por clemência), manifestamente contrária à prova dos autos, segundo o Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, III, “d”, do CPP), não viola a soberania dos veredictos.

STJ. 5^a Turma. HC 560.668/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 18/08/2020.

A absolvição do réu, ante resposta a quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, § 2º, do CPP, não depende de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa. Isso porque vigora a livre convicção dos jurados.

Em razão da norma constitucional que consagra a soberania dos veredictos, a sentença absolutória de Tribunal do Júri, fundada no quesito genérico de absolvição, não implica nulidade da decisão a ensejar apelação da acusação. Os jurados podem absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais.

STF. 1^a Turma. HC 178777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/9/2020 (Info 993).

Em face da reforma introduzida no procedimento do Tribunal do Júri (Lei 11.689/2008), é incongruente o controle judicial, em sede recursal (art. 593, III, “d”, do CPP), das decisões absolutórias proferidas com fundamento no art. 483, III e § 2º, do CPP.

STF. 2^a Turma. RHC 192431 Segundo AgR/SP e RHC 192432 Segundo AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/2/2021 (Info 1007).

Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação.

Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada “manifestamente contrária à prova dos autos”.

Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, “d”, CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP). Inexistência de violação à paridade de

armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório.

STF. 2^a Turma. HC 185068, Rel. Celso de Mello, Relator p/ Acórdão Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020.

Observação: legítima defesa da honra.

Caso a defesa lance mão, direta ou indiretamente, da tese inconstitucional de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese), seja na fase pré-processual, processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, estará caracterizada a nulidade da prova, do ato processual ou até mesmo dos debates por ocasião da sessão do júri (caso não obstada pelo Presidente do Júri), facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, “a”, do CPP.

STF. Plenário. ADPF 779, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/03/2021.

Imagine a seguinte situação hipotética:

João matou seu inimigo, com golpes de faca.

O agente confessou a prática do crime, que também foi presenciado por testemunhas.

João foi levado a julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri e a defesa alegou apenas que o réu é idoso, pobre e está com uma doença terminal, tendo sido abandonado pela família e amigos. Logo, o defensor pediu que os jurados absolvessem o réu por clemência.

Concluídos os debates, o juiz, o membro do MP, o advogado e os sete jurados foram para a sala especial, tendo sido formulados os seguintes quesitos:

1º) Quesito sobre a materialidade do fato:

“Em XX, por volta de XX horas, na Rua XX, bairro XX, nesta Comarca, a vítima foi atingida por disparos de arma de fogo, sofrendo as lesões descritas no laudo de fls. XX?”

Por meio das cédulas, os jurados responderam SIM.

2º) Quesito sobre a autoria:

“O acusado foi o autor dos golpes de faca?”

Os jurados igualmente responderam SIM a esse quesito.

3º) Quesito genérico da absolvição:

“O jurado absolve o acusado?”

Quanto a esse quesito, os jurados também responderam SIM.

Diante disso, o juiz encerrou a votação e prolatou sentença absolvendo o réu.

Recurso

O Promotor de Justiça interpôs apelação afirmando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Essa hipótese de cabimento é prevista no art. 593, III, “d”, do CPP:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para determinar a realização de novo Júri.

Habeas corpus

A defesa do réu não concordou com o acórdão e impetrou habeas corpus alegando que a decisão do TJ afrontou a soberania dos jurados, prevista no art. 5º, XXXVIII, da CF/88:

Art. 5º (...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

(...)

c) a soberania dos veredictos;

O pedido foi acolhido pelo STF? A decisão do TJ violou o art. 5º, XXXVIII, da CF/88?

SIM. O tema é polêmico, mas atualmente o que prevalece no STF é que o Tribunal de segunda instância não pode dar provimento à apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri que tenha absolvido o réu. Vamos entender com calma.

Como funciona o recurso contra a decisão do Tribunal do Júri?

O Júri é uma instituição voltada a assegurar a participação cidadã na Justiça Criminal. Como forma de valorizar essa participação, a Constituição consagrou o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, "c", CF/88).

Em decorrência desse princípio, o recurso contra a decisão de mérito dos jurados é a apelação prevista no art. 593, III, "d", do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos).

Se essa apelação for provida pelo TJ (ou TRF), o réu será submetido – uma única vez – a novo julgamento pelos jurados.

Assim, o Tribunal de 2ª instância (togado) só poderá dar provimento à apelação com base neste fundamento uma única vez.

Explicando melhor: imagine que o réu foi condenado pelo júri. A defesa interpôs apelação. O TJ determinou que seja feito um novo júri. Se os jurados (que serão outros sorteados) decidirem novamente que o réu deverá ser condenado, ainda que a defesa recorra, o Tribunal não mais poderá dar provimento à apelação sob o fundamento de que a decisão do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Dito de outro modo, o argumento do Tribunal de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos só pode ser utilizado uma única vez.

Nesse sentido, veja o que diz o § 3º do art. 593:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

(...)

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Tese de que esse art. 593, III, "d", do CPP só vale para decisões condenatórias

Até 2008, não havia qualquer dúvida de que essa possibilidade de apelação poderia ser aplicada tanto para decisões condenatórias como absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri.

Assim, se o júri condenasse o réu, a defesa poderia interpor a apelação alegando que a decisão era manifestamente contrária à prova dos autos.

Da mesma forma, se o júri absolvesse o réu, o Ministério Público também poderia interpor apelação argumentando que a decisão era manifestamente contrária à prova dos autos e pedindo a realização de novo júri.

Ocorre que, em 2008, foi editada a Lei nº 11.689, que incluiu o § 2º ao art. 483 do CPP prevendo um quesito genérico de absolvição do réu (“o jurado absolve o acusado?”):

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

- I – a materialidade do fato;
- II – a autoria ou participação;
- III – se o acusado deve ser absolvido;
- IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

(...)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

Diante disso, como esse quesito é genérico, diversos doutrinadores sustentaram a tese de que os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia no momento de decidir pela absolvição, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, às teses suscitadas em plenário ou a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica.

Assim, a decisão dos jurados não está vinculada à prova dos autos. Eles podem absolver o réu porque ficaram com “pena” dele, por exemplo. É a chamada absolvição por clemência.

Veja o que explica o Prof. Aury Lopes Jr.:

“Com a nova sistemática do tribunal do júri – inserida na reforma de 2008 e ainda sendo assimilada –, foi inserido o famoso quesito genérico da absolvição (obrigatório), estabelecendo-se um novo problema: será que ainda tem cabimento a apelação por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, III, ‘d’) quando o réu é absolvido ou condenado com base na votação do quesito ‘o jurado absolve o acusado?’

Já que está autorizado que o jurado absolva por qualquer motivo, por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos, será que ainda cabe esse recurso? A resposta sempre nos pareceu negativa, não cabendo mais esse recurso por parte do Ministério Público quando a absolvição for com base no quesito genérico, até porque a resposta não precisa refletir e encontrar respaldo na prova, ao contrário dos dois primeiros (materialidade e autoria), que seguem exigindo ancoragem probatória pela própria determinação com que são formulados. O réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico, como é a ‘clemência’ e aqueles de caráter humanitário.

Obviamente, o recurso com base na letra ‘d’ segue sendo admitido contra a decisão condenatória, pois não existe um quesito genérico para condenação. Para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à prova dos autos, de modo que a condenação ‘manifestamente contrária à prova dos autos’ pode e deve ser impugnada com base no artigo 593, III, ‘d’. É regra elementar do devido processo penal. Sublinhe-se: o que a reforma de 2008 inseriu foi um quesito genérico para absolver por qualquer motivo, não para condenar. Portanto, a sentença condenatória somente pode ser admitida quando amparada pela prova.” (“Tribunal do Júri: A Problemática Apelação do Artigo 593, III, do CPP”. CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematica-apelacao-artigo593-iii-cpp>).

O STJ acolhe essa tese defensiva? A possibilidade de apelação com base no art. 593, III, “d”, do CPP passou a ser exclusiva da defesa quando o réu é condenado pelo Tribunal do Júri?

NÃO. O STJ, por meio da sua 3ª Seção, pacificou o tema nos seguintes termos:

(...) 2. As decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda.

3. A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição.

Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP. (...)

STJ. 3ª Seção. HC 313.251/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/02/2018.

Esse entendimento do STJ vem sendo reiterado em julgados recentes: STJ. 5ª Turma. HC 634.610/RO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09/03/2021.

E o STF?

A posição majoritária é no sentido de, tendo havido absolvição pelos jurados, não cabe apelação a ser interposta pelo Ministério Pùblico nem mesmo na hipótese do art. 593, III, "d", do CPP. Nesse sentido:

A absolvição do réu, ante resposta a quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, § 2º, do CPP, não depende de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa. Isso porque vigora a livre convicção dos jurados.

STF. 1ª Turma. HC 178777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/9/2020 (Info 993).

Em face da reforma introduzida no procedimento do Tribunal do Júri (Lei 11.689/2008), é incongruente o controle judicial, em sede recursal (art. 593, III, "d", do CPP), das decisões absolutórias proferidas com fundamento no art. 483, III e § 2º, do CPP.

STF. 2ª Turma. RHC 192431 Segundo AgR/SP e RHC 192432 Segundo AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/2/2021 (Info 1007).

Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: "O jurado absolve o acusado?" (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação.

Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada "manifestamente contrária à prova dos autos".

Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, "d", CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP). Inexistência de violação à paridade de armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório.

STF. 2ª Turma. HC 185068, Rel. Celso de Mello, Relator p/ Acórdão Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020.

A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, "d"), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (art. 93, IX, da CF/88) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”.

STF. 2ª Turma. HC 178856, Rel. Celso de Mello, julgado em 10/10/2020.

Existem, no entanto, Ministros que já se manifestaram contrariamente a essa tese: Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Edson Fachin e Cármem Lúcia.

Repercussão Geral – Tema 1087

Vale ressaltar que a questão será pacificada quando o STF julgar o ARE 1225185 RG, submetido ao regime da repercussão geral. Trata-se do Tema 1087: Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos.

A definição quanto ao tema dependerá da posição que será adotada pelo Min. Nunes Marques e pelo julgador que suceder o Min. Marco Aurélio quando de sua aposentadoria.

DOD PLUS – E A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA?

A situação concreta foi a seguinte:

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ADPF pedindo para que o STF confira interpretação conforme à Constituição ao art. 23, II e art. 25, do CP e ao art. 65 do CPP e deixe claro que não é juridicamente possível invocar a tese da legítima defesa da honra.

O autor alegou que a tese da legítima defesa da honra viola o art. 1º, III, o art. 3º, IV, e o art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Vale ressaltar que, quando se fala em legítima defesa da honra, para os fins desse julgado, está se referindo “ao perdão do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira adúltera”.

Medida cautelar foi deferida

No dia 26/02/2021, o Min. Dias Toffoli, monocraticamente, concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada pelo autor.

No dia 15/03/2021, o STF se reuniu e referendou a medida cautelar.

Desse modo, o STF entendeu que a chamada “legítima defesa da honra” não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Vamos entender o que foi decidido.

Atecnia da tese da “legítima defesa da honra”

Inicialmente, cumpre ressaltar que “legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa.

Tanto isso é verdade que essa tese é quase que exclusivamente invocada no Tribunal do Júri, no qual, em virtude da plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, da CF/88), admite-se a utilização não apenas de argumentos jurídicos, mas também extrajurídicos.

A legítima defesa é uma das causas excludentes da ilicitude previstas no Código Penal, as quais, consoante o teor do art. 23, excluem a configuração de um crime, e, consequentemente, afastam a aplicação da lei penal, tendo em vista a condição específica em que foi praticado determinado fato típico:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

(...)

II - em legítima defesa;

O art. 25 explica quando ficará caracterizada a legítima defesa:

Legítima defesa

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Como se vê, o instituto caracteriza-se pela conjunção dos seguintes elementos:

- a) agressão injusta (atual ou iminente);
- b) proteção a direito próprio ou de terceiro;
- c) uso moderado dos meios necessários para repelir essa agressão (proibição do excesso);
- d) presença de um ânimo de defesa (*animus defendendi*). Isso porque é preciso que o agente saiba que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim.

A legítima defesa é uma hipótese excepcional na qual o ordenamento jurídico admite que se afaste a aplicação da lei penal. Logo, somente se justifica se estiverem preenchidos os requisitos acima listados. Se os requisitos estiverem preenchidos, não há crime porque nesse caso o direito não atribui desvalor à conduta, já que ela foi praticada no exercício da proteção de um bem jurídico contra uma ofensa perpetrada por outrem.

Diante dessa breve exposição do instituto, constata-se que a “legítima defesa da honra”, na realidade, não configura tecnicamente “legítima defesa”.

A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas, sendo que tanto homens quanto mulheres estão suscetíveis de praticá-la ou de sofrê-la.

Eventual desvalor ou censura ao ato de traição é algo restrito aos âmbitos ético e moral. Logo, não existe o direito subjetivo de agir com violência contra uma pessoa que traiu.

Aliás, foi imbuído desse espírito e para evitar que a autoridade judiciária absolvesse o agente que agiu movido por ciúme ou outras paixões e emoções que o legislador ordinário inseriu no atual Código Penal a regra do art. 28, segundo a qual:

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

(...)

Conforme explica Fernando Capez:

“todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre

a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero.” (*Execução Penal – Simplificado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309-310).

Aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional de forma covarde e criminosa. Assim sendo, o adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

Da ofensa constitucional à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e ao direito à vida e à igualdade

Apesar da alcunha de “legítima defesa”, instituto técnico-jurídico amplamente amparado no direito brasileiro, a chamada “legítima defesa da honra” corresponde, na realidade, a recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil. A ideia que subjaz à “legítima defesa da honra” - perdão do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira adúltera - tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

Com efeito, a “honra masculina” já foi um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se verificava, à época da colônia, no Livro V, Título XXXVIII, das Ordenações Filipinas, no qual se concedia ao homem o direito de matar sua esposa quando flagrada em adultério. Isso não é mais tolerado. A ideia de legítima defesa da honra é anacrônica e remonta a uma concepção rigidamente hierarquizada de família, na qual a mulher ocupa posição subalterna e tem restrinida sua dignidade e sua autodeterminação. Segundo essa percepção, o comportamento da mulher, especialmente no que se refere à sua conduta sexual, seria uma extensão da reputação do “chefe de família”, que, sentindo-se desonrado, agiria para corrigir ou cessar o motivo da desonra.

O argumento da “legítima defesa da honra” normaliza e reforça uma compreensão de desvalor da vida da mulher, tomando-a como ser secundário cuja vida pode ser suprimida em prol da afirmação de uma suposta honra masculina. Isso também está em descompasso com os objetivos fundamentais contidos no art. 3º da Carta Magna, especialmente os seguintes: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”; e “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Trata-se, além do mais, de tese que viola os direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, caput e incisos I, da CF/88), também pilares de nossa ordem constitucional.

A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio.

A aceitação da tese da legítima defesa da honra tem o potencial de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção.

É dever do Estado criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica, a teor do que dispõe o art. 226, § 8º, da CF/88, segundo o qual o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”.

Decorre da norma constitucional em tela não somente a obrigação do Estado de adotar condutas positivas, mas também o dever de não ser conivente e de não estimular a violência doméstica e o feminicídio. Por todo o exposto, o STF concluiu que o argumento da tese da “legítima defesa da honra” é prática que não se sustenta à luz da Constituição de 1988, por ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida, não devendo ser veiculada no curso do processo penal nas fases pré-processual e processual, sob pena de nulidade do respectivo ato postulatório e do julgamento, inclusive quando praticado no tribunal do júri.

Tribunal do júri e plenitude de defesa

A plenitude de defesa é princípio constitucional essencial à instituição do tribunal do júri e está inscrita no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, nos termos do art. 5º, XXXVIII, “a”, da CF/88. A Constituição garante aos réus submetidos ao tribunal do júri plenitude de defesa, no sentido de que são cabíveis argumentos jurídicos e não jurídicos – sociológicos, políticos e morais, por exemplo -, para a formação do convencimento dos jurados.

Apesar disso, a “legítima defesa da honra” consiste não apenas em um argumento atécnico e extrajurídico, mas também em uma estratégia cruel, ofensiva à dignidade da pessoa humana, aos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país.

Com efeito, como bem colocou o Ministro do STJ Rogério Schietti, no julgamento do AREsp nº 1.553.933/SC, “é surpreendente ver ainda essa tese sustentada por profissional do Direito (...) como se a decisão judicial que afastou tão esdrúxula tese fosse contrária à lei penal. Como pretender lícito, ou conforme ao Direito (...), o comportamento de ceifar, covardemente a vida de uma mulher companheira[?]”

Logo a legítima defesa da honra, nessa perspectiva, não pode ser invocada como argumento jurídico ou não jurídico mesmo diante da plenitude de defesa própria do Tribunal do Júri.

A cláusula que garante a plenitude de defesa no Júri não pode se constituir em instrumento para a salvaguarda de práticas ilícitas.

Vale ressaltar que não existem garantias individuais de ordem absoluta, especialmente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas (STF. 2ª Turma. RHC 132.115, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 9/3/17).

Assim, em uma ponderação de interesses, a dignidade da pessoa humana, a proibição de todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida prevalecem sobre a plenitude da defesa, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

O art. 483, § 2º, do CPP e a soberania dos veredictos

O art. 483, III c/c o § 2º, do CPP prevê a possibilidade de, no Tribunal do Júri, ocorrer a absolvição genérica ou por clemência:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

- I – a materialidade do fato;
 - II – a autoria ou participação;
 - III – se o acusado deve ser absolvido;
 - IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
 - V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.
- (...)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

O art. 593, III, “d”, do CPP, afirma que é possível interpor apelação contra a decisão dos jurados se o veredito for manifestamente contrário à prova dos autos:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Ocorre que, em razão da previsão constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”), prevalece no STF o entendimento de que não cabe apelação com fundamento no art. 593, III, “d”, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos) se o júri **absolver** o réu por clemência:

A absolvição do réu, ante resposta a quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, § 2º, do CPP, não depende de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa. Isso porque vigora a livre convicção dos jurados.

Em razão da norma constitucional que consagra a soberania dos veredictos, a sentença absolutória de Tribunal do Júri, fundada no quesito genérico de absolvição, não implica nulidade da decisão a ensejar apelação da acusação. Os jurados podem absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais.

STF. 1ª Turma. HC 178777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/9/2020 (Info 993).

Em face da reforma introduzida no procedimento do Tribunal do Júri (Lei 11.689/2008), é incongruente o controle judicial, em sede recursal (art. 593, III, “d”, do CPP), das decisões absolutórias proferidas com fundamento no art. 483, III e § 2º, do CPP.

STF. 2ª Turma. RHC 192431 Segundo AgR/SP e RHC 192432 Segundo AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/2/2021 (Info 1007).

Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação.

Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada “manifestamente contrária à prova dos autos”.

Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, “d”, CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP). Inexistência de violação à paridade de armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório.

STF. 2ª Turma. HC 185068, Rel. Celso de Mello, Relator p/ Acórdão Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020.

Como compatibilizar esse entendimento do STF acima explicado com a tese de que não se admite a legítima defesa da honra?

- a maioria do STF continua entendendo que, em regra, o Ministério Público não pode recorrer de decisão absolutória do tribunal do júri baseada em quesito absolutório genérico (art. 483, III, c/c § 2º) alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, CPP). Isso não mudou;

- o STF entende que o acusado de feminicídio não pode ser absolvido, na forma do art. 483, III, § 2º, do CPP, com base na tese da “legítima defesa da honra”;
- assim, é proibido que a defesa, a acusação, a autoridade policial ou o magistrado utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri;
- se, mesmo com a proibição, houver a invocação/aceitação dessa tese, isso acarretará a nulidade do ato e do julgamento;
- se a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da legítima defesa da honra no plenário do júri e o réu for absolvido, será possível que o Ministério Pùblico interponha apelação, mas não com base no art. 593, III, “d”, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos) e sim com fundamento na **nulidade** do julgamento (art. 593, III, “a”, do CPP):

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

(...)

Resumindo:

Ao apreciar medida cautelar em ADPF, o STF decidiu que:

- a tese da legítima defesa da honra é **inconstitucional**, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, da CF/88);
- deve ser conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 23, II e art. 25, do CP e ao art. 65 do CPP, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e
- a defesa, a acusação, a autoridade policial e o juízo são proibidos de utilizar, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

STF. Plenário. ADPF 779, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/03/2021.

EXECUÇÃO PENAL

É constitucional o art. 29, caput, da LEP, que permite que o preso que trabalhar receba 3/4 do salário-mínimo

Importante!!!

O patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no art. 29, *caput*, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) não representa violação aos princípios da dignidade humana e da isonomia, sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário-mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição Federal.

STF. Plenário. ADPF 336/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

Trabalho do preso

O trabalho das pessoas presas é considerado pelo legislador como algo extremamente importante para a ressocialização do condenado. Veja o que diz a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84):

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Obrigatoriedade de trabalho dos presos

Em razão da importância do trabalho para a ressocialização, a LEP prevê, inclusive, que o condenado à pena privativa de liberdade é obrigado a trabalhar. Veja:

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

Ocorre que a CF/88 estabelece que é proibida, no Brasil, a pena de trabalhos forçados:

Art. 5º (...)

XLVII - não haverá penas:

c) de trabalhos forçados;

Dianete disso, indaga-se: os dispositivos da LEP que preveem que o trabalho do preso é obrigatório violam o art. 5º, XLVII, "c", da CF/88? O dever de trabalho imposto ao preso é incompatível com a CF/88?
NÃO. O dever de trabalho imposto pela LEP ao apenado não é considerado como pena de trabalho forçado. Em outras palavras, quando a CF/88 proíbe penas de trabalhos forçados, isso não significa que ela vede o trabalho interno obrigatório nos presídios.

Sobre o tema, veja o que diz o art. 6º, 3, “a”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica):

Artigo 6º

(...)

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

Caso o preso se recuse, injustificadamente, a realizar o trabalho obrigatório, ele poderá ser punido?

SIM.

A LEP prevê que o condenado à pena privativa de liberdade que não cumprir o dever de trabalho comete falta grave (art. 50, VI).

Assim, constitui falta grave na execução penal a recusa injustificada do condenado ao exercício de trabalho interno.

STJ. 6ª Turma. HC 264.989-SP, Rel. Min. Ericson Maranho, julgado em 4/8/2015 (Info 567).

Situações em que o trabalho não é obrigatório:

O trabalho não é obrigatório ao:

- preso provisório (art. 31, parágrafo único); e
- ao preso político (art. 200 da LEP).

Se o preso trabalhar, ele tem direito de receber remuneração por isso?

SIM. Confira o que diz o art. 29 da LEP:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao resarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

ADPF

Em 2015, a Procuradoria Geral da República ajuizou ADPF contra o caput do art. 29 da LEP, acima transscrito.

Como a LEP é anterior à CF/88, o instrumento cabível para questionar a sua constitucionalidade é a ADPF, não podendo ser proposta ADI contra dispositivos anteriores ao texto atual da Constituição.

Na APDF, a PGR alegou que a lei, ao fixar a remuneração do preso em valor inferior ao salário-mínimo, violou os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além do disposto no art. 7º, IV, que garante a todos os trabalhadores urbanos e rurais o direito ao salário mínimo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, (...)

O que o STF decidiu? Essa previsão do caput do art. 29 da LEP viola a CF/88?

NÃO.

O patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no art. 29, caput, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) não representa violação aos princípios da dignidade humana e da isonomia, sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário-mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição Federal.

STF. Plenário. ADPF 336/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

O preso não se sujeita ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 28, § 2º, da LEP) e seu trabalho possui finalidades educativa e produtiva, não podendo ser comparado com o trabalho das pessoas que não cumprem pena.

As pessoas que não cumprem pena têm garantido o salário-mínimo para satisfação de necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Por outro lado, o preso já tem atendidas pelo Estado boa parte das necessidades vitais básicas que o salário-mínimo almeja satisfazer, tais como educação, alojamento, saúde, alimentação, vestuário e higiene.

Além disso, o preso recebe o benefício da remição da pena, na proporção de 1 dia de redução da sanção criminal para cada 3 dias de trabalho e o produto da remuneração deve ser direcionado para a indenização

dos danos causados pelo crime, a assistência à família, para pequenas despesas pessoais e para promover o resarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção. Portanto, a legitimidade da diferenciação entre o trabalho do preso e o trabalho dos empregados em geral é evidenciada pela distinta lógica econômica do labor no sistema executório penal. Assim, o trabalho do detento pode até mesmo ser subsidiado pelo Erário, de modo que o *discrimen* promova — em vez de violar — o mandamento de isonomia contido no art. 5º, caput, da CF, no seu aspecto material, além de não representar violação ao princípio da dignidade humana.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

Mesmo após a EC 87/2015, é necessária a edição de uma lei complementar federal para que se possa cobrar o Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal)

Atenção! PGE

A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais. É necessária a edição de lei complementar, disciplinando a EC 87/2015, para que os estados-membros e o Distrito Federal (DF), na qualidade de destinatários de bens ou serviços, possam cobrar Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal) na hipótese de operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do Imposto.

São válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que preveem a cobrança do Difal nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto. No entanto, não produzem efeitos enquanto não editada lei complementar dispondo sobre o assunto.

STF. Plenário. ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1093) (Info 1007).

ICMS

O ICMS é um imposto *estadual* previsto no art. 155, II, da CF/88 e na LC 87/96.

Um dos fatos geradores do ICMS é a circulação de mercadorias.

Ex.1: João vai até o shopping e compra uma televisão. Houve a incidência de ICMS sobre essa operação.

Ex.2: Pedro entra na *internet* e, em um site de comércio eletrônico, adquire um computador de uma loja virtual de São Paulo (SP) a ser entregue em sua casa em Recife (PE). Houve também pagamento de ICMS.

Na operação realizada entre pessoas situadas em Estados diferentes, quem ficará com o ICMS cobrado: o Estado que produziu/comercializou a mercadoria (Estado de origem – alienante) ou aquele onde vai ocorrer o consumo (Estado de destino – adquirente)? Pedro entra na internet e, em um site de comércio eletrônico, adquire um computador de uma loja virtual de São Paulo (SP) a ser entregue em sua casa em Recife (PE). O valor do ICMS ficará com São Paulo ou com Pernambuco?

I - REGRAS PREVISTAS NA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DA CF/88

A resposta para as perguntas acima dependia da situação concreta.

A CF/88 previu três regras que serão aplicáveis para cada uma das situações. Vejamos:

SITUAÇÃO 1

- Situação: quando a pessoa tiver adquirido o produto/serviço como consumidor final e for contribuinte do ICMS.
- Exemplo: supermercado de PE adquire computadores de SP como consumidor final, ou seja, os computadores não serão para revenda, mas sim para uso próprio. O supermercado é consumidor final do produto e é contribuinte do ICMS (paga ICMS normalmente pelas outras operações que realiza).
- Solução dada pela CF/88: neste caso, a redação originária da CF/88 optou por dividir a arrecadação do ICMS entre o Estado de origem (SP) e o de destino da mercadoria (PE).

O ICMS será cobrado duas vezes:

- 1^a) Quando a mercadoria sair do estabelecimento vendedor, aplica-se a alíquota interestadual de ICMS. O valor obtido ficará com o Estado de origem.
- 2^a) Quando a mercadoria der entrada no estabelecimento que a comprou, aplica-se a diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual. O valor obtido ficará como Estado de destino.

Voltando ao nosso exemplo:

- 1^a) Quando os computadores saírem da loja em SP, a Sefaz de SP irá cobrar a alíquota interestadual (7%). Esse valor (7% sobre o preço das mercadorias) ficará com SP.
- 2^a) Quando os computadores chegarem no supermercado em PE, a Sefaz de PE irá cobrar a diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual. Será assim: 17% (alíquota interna de PE) - 7% (alíquota interestadual) = 10%. Logo, imputa-se 10% sobre o preço das mercadorias. Esse valor obtido ficará com PE.

Vale ressaltar, no entanto, que esta situação não é muito frequente na prática.

- Previsão na redação originária da CF/88:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
(...)

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

SITUAÇÃO 2:

- Situação: quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e NÃO for contribuinte do ICMS.
- Exemplo: advogado de Recife (PE) compra um computador pela internet de uma loja de SP.
- Solução dada pela CF/88: aplica-se a alíquota INTERNA do Estado vendedor e o valor fica todo com o Estado de origem (Estado onde se localiza o vendedor; no caso, SP).
O Estado onde mora o comprador não ganha nada (em nosso exemplo, Pernambuco).

Voltando ao nosso exemplo:

A alíquota interna do Estado de SP (Estado vendedor) é de 18%.

Logo, multiplica-se 18% pelo preço das mercadorias. O valor obtido fica inteiramente com SP.

Essa situação cresceu incrivelmente por força do aumento das compras pela internet, o chamado *e-commerce*.

- Previsão na redação originária da CF/88:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

(...)

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

SITUAÇÃO 3:

- Situação: quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.
- Exemplo: supermercado de PE compra computadores de empresa de SP para revender em suas lojas no Recife.
- Solução dada pela CF/88: aplica-se a alíquota INTERESTADUAL, mas o valor ficará todo com o Estado de origem (Estado onde se localiza o vendedor; no caso, SP).

Voltando ao nosso exemplo: quando esses computadores saírem de SP, deverá ser aplicada a alíquota interestadual (7%) e todo esse valor fica com o Estado de origem.

Obs: esta é a situação mais corriqueira na prática.

Resumo das regras que foram previstas originariamente pela CF/88:

SITUAÇÃO	ALÍQUOTAS APLICÁVEIS	QUEM FICA COM O ICMS OBTIDO?
1) quando a pessoa tiver adquirido o produto/serviço como consumidor final e for contribuinte do ICMS.	Duas: 1º) alíquota interestadual; 2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	Os dois Estados. O Estado de origem fica com o valor obtido com a alíquota interestadual. O Estado de destino fica com o valor obtido com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.
2) quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e não for contribuinte do ICMS.	Só uma: a interna do Estado de origem.	Estado de origem. Aplica-se a alíquota interna do Estado vendedor e o valor fica todo com ele.
3) quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.	Só uma: interestadual.	Estado de origem. Aplica-se a alíquota interestadual, mas o valor ficará todo com o Estado de origem.

Obs.: as situações 2 e 3 são muito comuns na prática e o cenário 1 é de rara ocorrência.

Crítica feita por muitos Estados

A maioria dos Estados (Paraíba, Piauí, Bahia, Mato Grosso, Ceará, Sergipe, entre outros) criticava a sistemática do ICMS acima explicada, taxando-a de injusta e afirmando que ela contribui para o aumento das desigualdades regionais. Isso porque quase todos os centros de produção e de distribuição de

produtos industrializados estão localizados nas Regiões Sul e Sudeste do país, notadamente no Estado de São Paulo. Tais Estados são muito industrializados e concentram boa parte da riqueza financeira nacional. Os Estados situados nas demais regiões (em especial, Norte e Nordeste) aglutinam, proporcionalmente, mais consumidores do que empresas.

Desse modo, os Estados do Norte e Nordeste afirmavam que a regra constitucional do ICMS era injusta porque excluía os Estados consumidores da arrecadação do imposto, que ficava com os Estados produtores (chamada “regra de origem”), que já são mais desenvolvidos economicamente e, com isso, ficam ainda mais ricos.

EC 87/2015

Diante disso, os chamados Estados consumidores conseguiram se unir e aprovaram, no Congresso Nacional, a EC 87/2015, que alterou as regras acima explicadas.

Vou explicar o que mudou com a EC 87/2015.

II - MUDANÇA FEITA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015

A EC 87/2015 alterou a solução dada para a SITUAÇÃO 2 acima explicada e passou a dizer que o ICMS, nesses casos, deveria ser dividido entre o Estado de origem e o Estado de destino.

Vejamos novamente a SITUAÇÃO 2 para entender o que mudou:

- Situação: quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e NÃO for contribuinte do ICMS.
- Exemplo: advogado de Recife (PE) compra um computador pela internet de uma loja de SP.
- Solução dada pela CF/88 em sua redação originária:

Aplicava apenas a alíquota INTERNA do Estado vendedor.

O valor ficava todo com o Estado de origem (Estado onde se localiza o vendedor; no caso, SP).

O Estado onde morava o comprador não ganhava nada (em nosso exemplo, Pernambuco).

- Solução dada pela EC 87/2015:

Passaram a incidir duas alíquotas:

1º) alíquota interestadual;

2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O valor da arrecadação é dividido entre o Estado de origem e o de destino.

a) Valor obtido com a aplicação da alíquota interestadual (ex: 7% x 500 mil reais): fica todo para o Estado de origem.

b) Valor obtido com a aplicação da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a interestadual. Ex.: 17% (alíquota interna de PE) – 7% (alíquota interestadual) = 10%. Multiplica-se 10% x 500 mil reais (valor dos produtos). O resultado dessa operação fica com o Estado de destino.

Essa diferença é chamada de Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS).

Resumo das regras existentes após a EC 87/2015:

SITUAÇÃO	ALÍQUOTAS APLICÁVEIS	QUEM FICA COM O ICMS?
1) quando a pessoa tiver adquirido o produto/serviço como consumidor final e for contribuinte do ICMS.	Duas: 1º) alíquota interestadual;	Os dois Estados. * O Estado de origem fica com o valor obtido com a alíquota interestadual.

	2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	<p>* O Estado de destino fica com o valor obtido com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.</p> <p>Obs.: o adquirente (destinatário) do produto ou serviço é quem deverá fazer o recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.</p>	
2) quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e não for contribuinte do ICMS.	<p>Duas:</p> <p>1º) alíquota interestadual;</p> <p>2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.</p>	<p>Os dois Estados.</p> <p>* O Estado de origem fica com o valor obtido com a alíquota interestadual.</p> <p>* O Estado de destino fica com o valor obtido com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.</p> <p>Obs.: o remetente do produto ou serviço é quem deverá fazer o recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.</p>	
3) quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.	Interestadual	<p>Estado de origem.</p> <p>Aplica-se a alíquota interestadual, mas o valor ficará todo com o Estado de origem.</p>	

QUADRO-COMPARATIVO:

Redação anterior à EC 87/2015	Redação dada pela EC 87/2015
<p>Art. 155 (...)</p> <p>§ 2º O imposto previsto no inciso II (<i>ICMS</i>) atenderá ao seguinte:</p> <p>VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:</p> <p>a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; (<i>regra aplicável à SITUAÇÃO 1</i>)</p> <p>b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; (<i>regra que era aplicável à SITUAÇÃO 2</i>)</p>	<p>Art. 155 (...)</p> <p>§ 2º O imposto previsto no inciso II (<i>ICMS</i>) atenderá ao seguinte:</p> <p>VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;</p> <p>a) (revogada); b) (revogada);</p>
<p>VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;</p>	<p>VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:</p>

- | | | |
|--|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none">a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; | |
|--|--|--|

CONVÊNIO ICMS 93/2015

Logo depois de ser editada a EC 87/2015, os Estados-membros e o Distrito Federal buscaram dar concretude a essas regras e firmaram entre si o Convênio ICMS 93/2015, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

De acordo com a cláusula primeira do Convênio: “Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio.”

Assim, o objetivo principal desse Convênio foi o de disciplinar a cobrança da Difal/ICMS.

Essa regulamentação é constitucional?

NÃO. Existe, no caso, duplo vício formal:

- a) usurpação de competência da União, considerando que compete ao ente federal editar norma geral nacional sobre o tema; e
- b) inadequação do instrumento escolhido para regulamentar o tema, ou seja, um convênio.

O art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal determina lei complementar deverá definir os principais aspectos do ICMS:

Art. 155, § 2º (...)

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
- e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, “a”;
- f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;
- g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.
- h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;
- i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

Atualmente a Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir) trata das normas gerais do ICMS. Entretanto, não há nela qualquer disposição relativa ao assunto em comento.

O convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar para a referida tributação pelo ICMS, ante a ausência de previsão no texto constitucional. Isso, contudo, acabou ocorrendo mediante as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS 93/2015-Confaz.

O que é necessário, então, para a cobrança do Difal?

É necessária a edição de uma lei complementar federal:

A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.

STF. Plenário. ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1093) (Info 1007).

Logo depois que a EC 87/2015 foi promulgada, alguns Estados-membros anteciparam-se e, mesmo sem haver a lei complementar nacional, editaram leis estaduais prevendo a cobrança do Difal. Tais leis estaduais são válidas?

São válidas (ou seja, não são inconstitucionais). No entanto, ainda não estão produzindo seus efeitos, isto é, ainda não se pode cobrar o Difal com base nelas.

Conforme decidiu o STF:

São válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que preveem a cobrança do Difal nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto. No entanto, não produzem efeitos enquanto não editada lei complementar disposta sobre o assunto.

STF. Plenário. ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1093) (Info 1007).

Cláusula nona do Convênio é inconstitucional e as leis estaduais que o regulamentaram também são inválidas

A Cláusula nona do Convênio ICMS 93/2015-Confaz estabeleceu o seguinte:

Cláusula nona

Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

A cláusula nona buscou, portanto, estender a sistemática da EC 87/2015 aos optantes do Simples Nacional.

Em palavras, mais simples, essa cláusula quis incluir as micro e pequenas empresas optantes pelo Simples no novo regime do comércio eletrônico.

Ao fazer isso, o Convênio adentrou no campo material de incidência da LC 123/2006, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, nos termos do art. 146, III, "d", da CF/88:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Isso não foi modificado pela EC 87/2015.

Logo, a cláusula nona violou o art. 146, III, "d", da CF/88. De igual modo, as leis estaduais que buscaram disciplinar a cláusula nona do mencionado convênio também são inconstitucionais.

Dispositivo do julgado

Com base nesse entendimento, o Plenário do STF, por maioria, declarou a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS 93/2015, por invasão de campo próprio de lei complementar federal.

O STF também afirmou que é inválida a cobrança do Difal na operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, considerando que não existe lei complementar disciplinadora.

Modulação dos efeitos

O STF modulou os efeitos para que a decisão produza efeitos somente a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento. Isso significa que as cláusulas continuam valendo até dezembro de 2021, exceto a cláusula 9ª, que já estava suspensa por decisão liminar desde fevereiro de 2016.

Segundo o Min. Dias Toffoli, autor da proposta de modulação, a modulação é necessária para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos Estados/DF. O ministro salientou que, durante esse período, o Congresso Nacional terá possibilidade de aprovar a lei complementar sobre o tema. Ficam afastadas da modulação as ações judiciais em curso sobre a questão.

ITCMD

Lei estadual não pode instituir imposto sobre doação e herança no exterior, enquanto não houver lei complementar nacional regulamentando a matéria

Importante!!!

É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional.

Art. 155 (...) III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

O art. 155, § 1º, III, da CF/88 estabelece que cabe à lei complementar federal (e não a leis estaduais) regular a competência e a instituição do ITCMD quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior ou se a pessoa falecida possuir bens, tiver sido residente ou domiciliada ou tiver seu inventário processado no exterior.

Mesmo diante da omissão do legislador nacional acerca da matéria, os Estados-membros/DF não podem editar leis instituindo a cobrança com base na competência legislativa concorrente.

Devido ao elemento da extraterritorialidade, o legislador constituinte determinou ao Congresso Nacional que procedesse a um maior debate político sobre os critérios de fixação de normas gerais de competência tributária, com o intuito de evitar conflitos de competências geradores de bitributação entre os estados da Federação e entre países com os quais o Brasil possui acordos comerciais, mantendo uniforme o sistema de tributos.

STF. Plenário. RE 851108/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 825) (Info 1007).

ITCMD

ITCMD (ou ITCD) é a sigla de Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos. Trata-se de um imposto de competência dos Estados e do DF previsto no art. 155, I, da CF/88:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
(...)

O fato gerador do ITCMD é...

- a transmissão,
- por *causa mortis* (herança ou legado) ou por doação,
- de quaisquer bens ou direitos.

No caso de transmissão por *causa mortis*, o fato gerador ocorre no momento da “abertura da sucessão” (morte) (art. 1.784 do CC).

Súmula 112-STF: O imposto de transmissão “causa mortis” é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

E se a doação ou herança envolver pessoas domiciliadas ou bens localizados no exterior? É possível a incidência de ITCMD nesses casos?

Veja o que diz o art. 155, § 1º, III, da CF/88:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
(...)
§ 1º O imposto previsto no inciso I:
(...)
III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:
a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;
b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

Essa lei complementar é estadual ou nacional?

Nacional.

Existe lei complementar nacional disciplinando esse art. 155, § 1º, III, da CF/88?

Ainda não existe.

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação adaptada:

Giovanni, cidadão italiano, residente na Itália, morreu e deixou um testamento. No testamento, ele deixou uma casa para Regina, brasileira residente em São Paulo (SP).

Vale ressaltar que o imóvel está localizado na cidade de Treviso, Itália.

O Fisco estadual cobrou ITCMD de Regina com base no art. 4º da Lei estadual nº 10.705/2000:

Art. 4º O imposto é devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o “de cujus” possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país:
I - sendo corpóreo o bem transmitido:
(...)
b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

Desse modo, o Estado de São Paulo editou lei regulamentando o art. 155, § 1º, III, da CF/88 e cobrando ITCMD de pessoas beneficiadas no Estado por doações ou heranças ocorridas no exterior.

Essa previsão é constitucional? O legislador estadual poderia ter instituído essa hipótese de incidência de ITCMD?

NÃO. Os Estados-membros e o Distrito Federal não possuem competência legislativa para instituir a cobrança do ITCMD nas hipóteses de doações e heranças instituídas no exterior.

Embora a Constituição Federal de 1988 atribua aos Estados a competência para a instituição do imposto transmissão “causa mortis” e doação (ITCMD), também a limita, ao estabelecer que cabe a lei complementar – e não a leis estaduais – regular tal competência em relação aos casos em que o doador tiver domicílio ou residência no exterior, bem como nas hipóteses em que o “de cuius” possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior.

Especificamente em matéria de legislação tributária, o art. 146 da CF/88 estatui, em síntese, caber à lei complementar três funções:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária entre os entes federativos;

II - regular as limitações ao poder de tributar; e

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Nos termos do art. 146, III, “a”, da CF, na ausência da lei de normas gerais definindo os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes, não há dúvidas de que os estados e o Distrito Federal, fazendo uso da competência aludida no art. 24, § 3º, da CF/88, podem legislar, de maneira plena, editando tanto normas de caráter geral quanto normas específicas:

Art. 24 (...)

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Também na autorização dada pelo art. 34, § 3º, do ADCT, o texto constitucional oferece espaço para a legislação supletiva dos estados na edição de leis complementares que disciplinem os seus impostos:

Art. 34 (...)

§ 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

Em tais hipóteses, sobrevindo norma geral federal, ficará suspensa a eficácia da lei estadual ou do Distrito Federal.

Para o ITCMD disciplinado no art. 155, caput, I pode-se aplicar a competência suplementar do art. 24, § 3º

Nesse sentido, no uso da competência privativa estatuída no **inciso I** do art. 155 da CF, poderão os Estados e o Distrito Federal, por meio de lei ordinária, instituir o ITCMD no âmbito local, dando ensejo à cobrança válida do tributo. Não teria cabimento os estados e o Distrito Federal ficarem à míngua de receitas tributárias próprias pela desídia do legislador da lei complementar de normas gerais.

Para o ITCMD do art. 155, § 1º, III, pode-se aplicar a competência suplementar do art. 24, § 3º

No entanto, em razão das múltiplas funções da lei complementar, é importante atentar que o art. 24, § 3º, da CF/88 e o art. 34, § 3º, do ADCT não autorizam a ação dos Estados em qualquer caso de inexistência da lei nacional.

Assim, a competência dos Estados e do Distrito Federal a que alude o art. 24, § 3º, da CF/88 não se estende ao tratamento de matéria de direito tributário que, inevitavelmente, se imiscua em outras unidades federadas ou envolva conflito federativo. No campo dos limites da competência concorrente, a

regulamentação da matéria diretamente pelos Estados teria consequências que excederiam os limites dos poderes tributantes e constituiria campo fértil ao surgimento de conflito horizontal de competências.

No caso do ITCMD, o inciso III do § 1º do art. 155 da CF/88 é exceção às hipóteses previstas nos incisos I e II do mesmo parágrafo. A exceção confirma a regra.

Assim, temos o seguinte:

- não é necessária lei complementar para a instituição do ITCMD no contexto nacional.
- já as alíneas "a" e "b" do inciso III do § 1º do art. 155 da CF/88 especificam a necessidade de regulação por lei complementar para as hipóteses de transmissão de bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos localizados no exterior, bem como de doador ou de "de cuius" domiciliados ou residente fora do país, no caso de inventário processado no exterior.

Devido ao elemento da extraterritorialidade, o Constituinte ordenou ao Congresso Nacional que procedesse a um maior debate político sobre os critérios de fixação de normas gerais de competência tributária, com o intuito de evitar conflitos de competências geradores de bitributação entre os estados da Federação e entre países com os quais o Brasil possui acordos comerciais, mantendo uniforme o sistema de tributos.

Com base nessa argumentação, o STF fixou a seguinte tese:

É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional.

STF. Plenário. RE 851108/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 825) (Info 1007).

Modulação dos efeitos

O Plenário, por maioria, modulou os efeitos da decisão, atribuindo-lhes eficácia *ex nunc*, a contar da publicação do acórdão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta:

- a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e
- a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente.

ISS

Incide ISS no fornecimento de programa de computador mediante contrato de licenciamento ou cessão do direito de uso, tanto para os "softwares" padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda

Importante!!!

Incide apenas o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), e não o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), nas operações envolvendo o fornecimento de programas de computador mediante contrato de licenciamento ou cessão do direito de uso, tanto para os "softwares" padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de "download" ou por acesso em nuvem.

STF. Plenário. ADI 5659/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. ADI 1945/MT, Rel. Min. Cármel Lúcia, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

ISSQN

O ISSQN significa Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Algumas vezes, você encontrará apenas a sigla ISS. É a mesma coisa.

Trata-se de um tributo de competência dos Municípios.

Em âmbito nacional, o ISSQN é disciplinado pela LC 116/2003, que estabelece suas normas gerais. Vale ressaltar, no entanto, que cada Município, para cobrar este imposto, precisa editar uma lei ordinária municipal tratando sobre o assunto. Esta lei local, obviamente, não pode contrariar a LC 116/2003 e nem prever serviços que não estejam expressos na lei federal.

Fato gerador

O ISSQN incide sobre a prestação dos serviços listados no anexo da LC 116/2003.

Confira o texto constitucional:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.
(...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Veja agora o que diz o art. 1º da LC 116/2003:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Exemplos: quando o médico atende o paciente em uma consulta, ele presta um serviço, sendo isso fato gerador do ISSQN; quando o cabeleireiro faz uma escova progressiva na cliente, ele também presta um serviço e deverá pagar ISSQN.

Todos os serviços que estão sujeitos ao pagamento de ISSQN encontram-se previstos na lista anexa à LC 116/2003. Se não estiver nesta lista, não é fato gerador deste imposto. Vale ressaltar que esta lista é taxativa (exhaustiva).

Imagine que determinada pessoa física ou pessoa jurídica comprou a licença de um software padronizado (ex: Microsoft Word, Adobe etc) ou de um software produzido por encomenda para as necessidades específicas daquele usuário. Nesses casos, a empresa que vendeu a licença irá pagar ICMS, ISS ou ambos? Isso é considerado uma venda de mercadoria ou a prestação de um serviço?

A empresa irá pagar apenas o ISS.

Vamos entender com calma.

Conflitos de competência tributária são resolvidos pelos critérios definidos em lei complementar

Nem sempre é muito fácil distinguir o que é venda de mercadoria ou prestação de serviço. O legislador constituinte, já prevendo que isso poderia gerar inúmeros conflitos de competência tributária, estabeleceu, no art. 146, I, da Constituição Federal, que esses conflitos devem ser resolvidos por lei complementar de normas gerais a cargo da União:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

(...)

Essa lei complementar existe? Qual foi o critério adotado no caso de possível conflito envolvendo venda de mercadoria (ICMS) e prestação de serviços (ISS)?

O critério foi definido no art. 1º, § 2º da LC 116/2003.

Antes de verificarmos qual foi o critério utilizado, é importante diferenciar as operações puras e mistas. Podem existir três tipos de operações para fins de incidência de ICMS ou ISS:

a) operação pura de circulação de mercadorias	b) operação pura de prestação de serviços	c) operação mista
Ocorre quando o contribuinte apenas realiza circulação de mercadorias, sem prestar qualquer tipo de serviço.	Ocorre quando o contribuinte realiza apenas prestação de serviços sem fornecer mercadorias.	Ocorre quando o contribuinte realiza prestação de serviços, mas também fornece mercadorias.
Ex: uma loja de brinquedos.	Ex: serviços prestados por uma psicóloga.	Ex: a montagem de pneus na qual a própria empresa fornece os pneus.
O contribuinte só irá pagar ICMS.	O contribuinte só irá pagar ISS.	Em regra, haverá pagamento de apenas o ISS, se o serviço estiver na lista.

Explicando melhor a terceira situação. No caso de operações mistas (como o caso da farmácia de manipulação), haverá pagamento de ICMS ou ISS?

REGRA:

- Se o serviço prestado estiver na lista anexa da LC 116/2003: haverá pagamento apenas de ISS.
- Se o serviço prestado não estiver na lista anexa da LC 116/2003: haverá pagamento apenas de ICMS.

EXCEÇÃO:

Existem algumas operações mistas nas quais a LC 116/2003 prevê que sobre elas deverão incidir tanto o ISS (sobre o serviço prestado) como também o ICMS (sobre a circulação de mercadorias). É o que preconiza o art. 1º, § 2º da LC:

Art. 1º (...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação é serviço previsto expressamente na lista da LC 116/2003

O licenciamento ou a cessão do direito de uso de programas de computador, tanto para os softwares padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de download ou por acesso em nuvem, enquadra-se no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à LC 116/2003:

1 – Serviços de informática e congêneres.

(...)

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

No caso do modelo de “*software as a service*” (software como serviço – SaaS) isso também poderia ser enquadrado nos subitens 1.03 e 1.07:

- 1 – Serviços de informática e congêneres.
- (...)
- 1.03 – Processamento de dados e congêneres.
- (...)
- 1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

O software é um serviço do esforço humano

Esses dispositivos acima mencionados já teriam o condão de extirpar eventuais dúvidas que poderiam existir acerca da incidência do ISS nas transações com programas de computador, mas, além disso, deve-se considerar a existência de serviço como esforço humano.

A Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sobre sua comercialização no País, trata, também, da proteção aos direitos e do registro, pois o software é produto do engenho humano, é criação intelectual, sendo essa a sua característica fundamental.

Para a construção de um programa de computador, faz-se imprescindível a existência do fazer humano direcionado, não havendo como desconsiderar esse elemento, ainda que se esteja diante de software que seja replicado para comercialização para diversos usuários.

Com efeito, mesmo considerando-se que na operação com software padronizado existe a transferência de um bem digital que está consubstanciado usualmente num arquivo digital ou num conjunto de arquivos, haverá de incidir, na operação, o ISS. Isso porque há uma operação mista envolvendo, além da obrigação de dar um bem digital, uma obrigação de fazer, presente naquele esforço intelectual e ainda nos demais serviços em prol do usuário como, por exemplo, a prestação de serviço de *help desk*, a prestação de serviço de atualização constante do software e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento.

Note-se que não é possível no contrato de licenciamento ou na cessão do direito de uso no software personalizado ou mesmo no padronizado separar de maneira clara a obrigação de dar a transferência do bem digital da obrigação de fazer e esses fundamentos também atraem a incidência do imposto municipal que encontra o devido amparo legal no subitem 1.05 da lista anexa à LC 116/2003.

Em suma:

Incide apenas o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), e não o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), nas operações envolvendo o fornecimento de programas de computador mediante contrato de licenciamento ou cessão do direito de uso, tanto para os “softwares” padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de “download” ou por acesso em nuvem.

STF. Plenário. ADI 5659/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. ADI 1945/MT, Rel. Min. Cármel Lúcia, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

Modulação dos efeitos

Vale ressaltar que o STF decidiu modular os efeitos da decisão.

A decisão proferida possui eficácia *ex nunc*, produzindo seus efeitos apenas a partir da publicação da ata de julgamento.

O STF fixou as seguintes conclusões:

a) não é possível a repetição de indébito do ICMS incidente sobre operações com softwares em favor de quem recolheu esse imposto, até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, vedando, nesse caso, que os Municípios cobrem o ISS em relação aos mesmos fatos geradores;

b) os Estados estão impedidos de cobrar o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito.

Ficam ressalvadas:

- a) as ações judiciais em curso, inclusive de repetição de indébito e execuções fiscais em que se discutam a incidência do ICMS e
- b) as hipóteses de comprovada bitributação, caso em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ICMS.

Por sua vez, incide o ISS no caso de não recolhimento do ICMS ou do ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito.

ISS

Não se pode exigir que o prestador de serviços que não está localizado no Município faça, obrigatoriamente, um cadastro no órgão da administração municipal, sob pena de retenção do valor do ISS

É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumpriada a obrigação acessória.

STF. Plenário. RE 1167509/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1020) (Info 1007).

ISSQN

O ISSQN significa Imposto Sobre SQualquer Natureza.

Algumas vezes, você encontrará apenas a sigla ISS. É a mesma coisa.

Trata-se de um tributo de competência dos Municípios.

Em âmbito nacional, o ISSQN é disciplinado pela LC 116/2003, que estabelece suas normas gerais. Vale ressaltar, no entanto, que cada Município, para cobrar este imposto, precisa editar uma lei ordinária municipal tratando sobre o assunto. Esta lei local, obviamente, não pode contrariar a LC 116/2003 e nem prever serviços que não estejam expressos na lei federal.

O ISSQN incide sobre a prestação dos serviços listados no anexo da LC 116/2003.

A situação concreta foi a seguinte:

Em São Paulo (SP), foi editada a Lei municipal nº 14.042/2005 prevendo que as empresas situadas fora do Município de São Paulo, mas que ali prestem serviços, são obrigadas a efetuar registro na Secretaria Municipal de Finanças.

No caso de ausência desse cadastramento, o tomador dos serviços ficaria compelido a reter o valor do tributo.

Veja a redação do art. 9º-A que foi inserido na Lei nº 13.701/2003 pela Lei nº 14.042/2005:

Art. 9º-A. O prestador de serviço que emitir nota fiscal autorizada por outro Município, para tomador estabelecido no Município de São Paulo (...) fica obrigado a proceder à sua inscrição em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças, conforme dispuser o regulamento.

(...)

§ 2º As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de São Paulo, ainda que imunes ou isentas, são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo

reter na fonte o seu valor, quando tomarem ou intermediarem os serviços a que se refere o “caput” deste artigo executados por prestadores de serviços não inscritos em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças e que emitirem nota fiscal autorizada por outro Município.

O Município editou a lei sob o argumento de que esse cadastramento seria uma obrigação acessória de interesse local.

Essa lei é constitucional?

NÃO. Esse trata de assunto que não se enquadra no conceito de “interesse local”, previsto no art. 30, I, da CF/88:

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- (...)

Além disso, essa lei impõe um tratamento diferenciado em função da procedência (origem) do prestador do serviço, criando um regime jurídico peculiar para os estabelecimentos situados fora do município. Ademais, trata de matéria para a qual a Constituição exige lei complementar federal, nos termos do art. 146, da CF/88:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- (...)

A referida lei municipal trata a respeito de uma obrigação relacionada com o ISS (Imposto Sobre Serviços). O ISS é regido por meio da Lei Complementar 116/2003, que prevê, como regra geral, que o imposto será devido, pelo prestador de serviços, no local onde sediado o estabelecimento.

A Lei municipal 13.701/2003, alterada pela Lei municipal nº 14.042/2005, ao estipular a “penalidade” de retenção do ISS pelo tomador dos serviços, nos casos em que o prestador, situado em outro município, não observar a obrigação acessória de cadastramento na Secretaria Municipal, opera verdadeira modificação do critério espacial e da sujeição passiva do tributo, revelando duas impropriedades formais:

- a usurpação da competência legislativa da União, a quem cabe editar a norma geral nacional sobre a matéria; e
- a inadequação do modelo legislativo, considerada a exigência constitucional de veiculação por lei complementar.

Em suma:

É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumpriada a obrigação acessória.

STF. Plenário. RE 1167509/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1020) (Info 1007).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A imunidade que era prevista no revogado § 21 do art. 40 da CF/88 dependia de lei para produzir seus efeitos

Baixa relevância para concursos

O art. 40, § 21, da Constituição Federal, enquanto esteve em vigor, era norma de eficácia limitada e seus efeitos estavam condicionados à edição de lei complementar federal ou lei regulamentar específica dos entes federados no âmbito dos respectivos regimes próprios de previdência social.

STF. Plenário. RE 630137/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 317) (Info 1007).

Imunidade tributária

Imunidade tributária consiste na determinação feita pela Constituição Federal de que certas atividades, rendas, bens ou pessoas não poderão sofrer a incidência de tributos.

Trata-se de uma dispensa constitucional de tributo.

A imunidade é uma limitação ao poder de tributar, sendo sempre prevista na própria CF.

Contribuições previdenciárias

A contribuição previdenciária é uma espécie de tributo cujo dinheiro arrecadado é destinado ao pagamento dos benefícios do RGPS (aposentadoria, auxílio-doença, pensão por morte etc.)

Existem duas espécies de contribuição previdenciária:

PAGA POR QUEM	INCIDE SOBRE O QUE
1 ^a) Trabalhador e demais segurados do RGPS (art. 195, II).	Incide sobre o salário de contribuição, exceto no caso do segurado especial.
2 ^a) Empregador, empresa ou entidade equiparada (art. 195, I, “a”).	Incide sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

§ 21 do art. 40 da CF/88

O art. 40, § 21 da CF/88 previa um tipo de imunidade tributária envolvendo contribuições previdenciárias.

Vale ressaltar que esse § 21 foi inserido pela EC 47/2005 e recentemente revogado pela EC 103/2019.

Veja qual era a redação do dispositivo:

Art. 40 (...)

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41/2003) (...)

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47/2005)

(Revogado pela Emenda Constitucional nº 103/2019)

O que esse § 21 previa: se o aposentado ou pensionista fosse “portador” de doença incapacitante, a contribuição previdenciária somente incidiria sobre o seu benefício se ele ultrapassasse o dobro do teto do RGPS.

Para que esse § 21 produzisse todos seus efeitos, era necessária lei? Esse § 21 do art. 40 era norma constitucional de eficácia plena ou limitada?

Norma constitucional de eficácia limitada. Isso significa que para que ele produzisse todos os seus efeitos era necessária a edição de lei regulamentadora. Foi o que decidiu o STF:

O art. 40, § 21, da Constituição Federal, enquanto esteve em vigor, era norma de eficácia limitada e seus efeitos estavam condicionados à edição de lei complementar federal ou lei regulamentar específica dos entes federados no âmbito dos respectivos regimes próprios de previdência social.

STF. Plenário. RE 630137/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

A imunidade prevista no art. 40, § 21, da Constituição Federal possuía eficácia limitada, condicionada à edição de lei. Isso porque o STF entendeu que a lei precisava definir quais eram as doenças incapacitantes, que dariam direito à imunidade.

Assim, a eficácia plena do § 21 do art. 40 dependia da edição de lei específica, seja lei complementar federal ou lei regulamentar dos entes federados no âmbito de seus regimes próprios, com a definição das doenças incapacitantes aptas a afastar a incidência da contribuição.

Como não havia lei, seria possível que o Judiciário aplicasse a imunidade valendo-se de analogia?

NÃO. Não cabe ao Poder Judiciário a utilização, por analogia, de lei elaborada para finalidade diversa daquela constante no art. 40, § 21, da CF/88, a fim de lhe conferir a plenitude de efeitos.

Modulação dos efeitos

Apesar de ter decidido nos termos do que foi acima explicado, o STF determinou a modulação dos efeitos da decisão a fim de que os servidores e pensionistas, que, por decisão judicial, vinham deixando de pagar as contribuições, não sejam obrigados a devolver os valores. Nesses casos, o acórdão terá efeitos somente a partir da publicação da sua ata de julgamento, momento em que os entes que não tenham editado lei regulamentando o dispositivo poderão voltar a reter as contribuições previdenciárias.

Em outras palavras, aqueles que haviam conseguido decisão judicial sendo beneficiados pela imunidade não terão que pagar retroativamente todas as contribuições previdenciárias não recolhidas. Para eles, a decisão do STF terá eficácia a partir da publicação da ata de julgamento, o que ocorreu em 01/03/2021.

DIREITO INTERNACIONAL

EXPULSÃO

É proibida a expulsão caso o estrangeiro tenha filho brasileiro e ele esteja sob a sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva, mesmo que isso tenha ocorrido após o fato ensejador do ato expulsório

Importante!!!

É inadmissível a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, dependente socioafetivo ou econômico, mesmo que o crime ensejador da expulsão tenha ocorrido em momento anterior ao reconhecimento ou adoção do filho.

O Estado deve garantir a proteção especial à família e a proteção integral às crianças e aos adolescentes, sendo o convívio familiar uma das mais expressivas projeções dos direitos sociais.

Além disso, a dependência econômica não é o único fator a impedir a expulsão de estrangeiros com filhos brasileiros. A dependência socioafetiva também constitui fato juridicamente relevante apto a obstar o processo expulsório.

Nesse sentido, o art. 55, II, "a", da Lei nº 13.445/2017 expressamente prevê que "Não se procederá à expulsão quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela".

Evidencia-se, portanto, que o próprio legislador infraconstitucional erigiu a socioafetividade à condição de causa impeditiva da expulsão.

STF. Plenário. RHC 123891 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 23/2/2021 (Info 1007).

O presente julgado trata sobre expulsão.

Antes de analisar o que foi decidido, irei fazer uma breve revisão sobre o tema.

Se seu tempo estiver curto, pode pular essa parte e ir diretamente para a explicação do julgado mais abaixo.

NOÇÕES GERAIS SOBRE EXPULSÃO

Em que consiste

A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado.

A expulsão é tratada principalmente pelos arts. 54 a 60 da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) e pelos arts. 192 a 206 do Decreto nº 9.199/2017.

Hipóteses

Poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de:

- crime de genocídio;
- crime contra a humanidade;
- crime de guerra;
- crime de agressão;
- crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

(Juiz Federal TRF2 2018) A Lei de Migração expressamente prevê que o estrangeiro cuja presença atente contra a segurança nacional e ordem pública pode ser expulso. (errado)

De quem é a competência para a expulsão?

A Lei de Migração afirma que “caberá à autoridade competente resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão” (art. 54, § 2º).

O Decreto Presidencial nº 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração, prevê que a competência para a expulsão é do Ministro da Justiça.

O Poder Judiciário poderá avaliar a decisão de expulsão?

SIM, é possível. No entanto, como o ato de expulsão é considerado discricionário, somente cabe ao Poder Judiciário analisar se ele foi praticado em conformidade ou não com a legislação em vigor (controle de legalidade), não podendo examinar a sua conveniência e oportunidade, ou seja, não poderá realizar o controle sobre o mérito da decisão.

Assim, o ato administrativo de expulsão, manifestação da soberania do país, é de competência privativa do Poder Executivo, competindo ao Judiciário apenas a verificação da higidez do procedimento por meio da observância das formalidades legais.

STJ. 1ª Seção. HC 333.902-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/10/2015 (Info 571).

Expulsão de estrangeiro refugiado

A expulsão de estrangeiro que ostente a condição de refugiado não pode ocorrer sem a regular perda dessa condição.

Assim, antes da expulsão, deveria ter sido determinada a instauração de devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, para se decretar a perda da condição de refugiado, nos termos do art. 39, III, da Lei nº 9.474/97. Somente após essa providência, ele poderá ser expulso.

STJ. 1ª Seção. HC 333.902-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/10/2015 (Info 571).

Não impede benefícios da execução penal

O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

O estrangeiro que cumpre pena no Brasil tem direito aos benefícios da execução penal (ex.: saída temporária etc.)?

SIM. O fato de o reeducando ser estrangeiro, por si só, não é motivo suficiente para inviabilizar os benefícios da execução penal.

O estrangeiro que cumpre pena no Brasil pode ser beneficiado com a progressão de regime?

SIM. Não existe motivo para negar aos estrangeiros que cumprem pena no Brasil os benefícios da execução penal, dentre eles a progressão de regime. Isso porque a condição humana da pessoa estrangeira submetida a pena no Brasil é protegida constitucionalmente e no âmbito dos direitos humanos. Assim, em regra, é plenamente possível a progressão de regime para estrangeiros que cumpram pena no Brasil.

O estrangeiro que cumpre pena no Brasil e que já tem contra si um processo de expulsão instaurado pode mesmo assim ser beneficiado com a progressão de regime

O STJ consolidou entendimento no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, razão pela qual a existência de processo ou mesmo decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou do livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disto.

STJ. 5ª Turma. HC 324.231/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 03/09/2015.

O benefício da progressão de regime não pode ser negado ao estrangeiro pelo simples fato de estar em situação irregular no país ou, mesmo, de haver decreto de expulsão expedido contra ele.

STJ. 6ª Turma. HC 309.825/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05/03/2015.

Progressão de estrangeiro com pedido de extradição já deferido

O apenado poderá progredir para o regime semiaberto, mesmo havendo uma ordem de extradição ainda não cumprida. Segundo decidiu o STF, o fato de estar pendente a extradição do estrangeiro não é motivo suficiente para impedir a sua progressão de regime.

STF. Plenário. Ext 947 QO/República do Paraguai, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 28/5/2014 (Info 748).

É possível que seja concedida a progressão de regime para apenado estrangeiro que cumpre pena no Brasil e que aguarda o julgamento de pedido de extradição para outro país.

No entanto, essa providência (progressão) será ineficaz até que o STF delibere acerca das condições da prisão para extradição. Em outras palavras, é possível que o juízo das execuções penais defira a progressão de regime ao apenado que aguarda o cumprimento da ordem de extradição, mas isso só poderá ser concretizado pelo juiz de 1ª instância depois que o STF concordar. Cabe ao STF deliberar acerca de eventual adaptação das condições da prisão para extradição ao regime prisional da execução penal. Assim, depois que o juízo da execução afirmar que os requisitos para a progressão estão preenchidos, deverá ainda o STF verificar se a concessão do regime semiaberto ou aberto ao extraditando não irá causar risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal, nem à aplicação da lei penal pública (art. 312 do CPP).

STF. 2ª Turma. Ext 893 QO/República Federal da Alemanha, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/3/2015 (Info 777).

Prazo de vigência da medida de impedimento

No revogado Estatuto do Estrangeiro, a pessoa expulsa só poderia retornar ao Brasil caso o decreto de expulsão fosse revogado pelo Presidente da República. A situação mudou com a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) e agora o impedimento de reingresso do estrangeiro é feito com prazo determinado:

Art. 54 (...)

§ 4º O prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo.

Situações em que não se admite a expulsão

Não se procederá à expulsão quando:

I - a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira;

II - o expulsando:

a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;

b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente;

c) tiver ingressado no Brasil até os 12 anos de idade, residindo desde então no País;

d) for pessoa com mais de 70 anos que resida no País há mais de 10 anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão.

(Juiz Federal TRF2 2018) Pessoa com mais de 70 anos, residente no Brasil há mais de 10 anos, não pode ser expulsa em nenhum caso. (errado)

(Juiz Federal TRF2 2018) Estrangeiro, com cônjuge ou companheiro residente no Brasil reconhecido judicial ou legalmente, pode ser expulso. (errado)

Será considerada regular a situação migratória do expulsando cujo processo esteja pendente de decisão e houver alguma das situações acima descritas.

Contraditório e ampla defesa

No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Participação da DPU

A Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído.

Pedido de reconsideração

Caberá pedido de reconsideração da decisão sobre a expulsão no prazo de 10 dias, a contar da notificação pessoal do expulsando.

Saída voluntária

A existência de processo de expulsão não impede a saída voluntária do expulsando do País.

CASO CONCRETO

Imagine a seguinte situação hipotética:

Jumaa, nacional da Tanzânia, mora no Brasil.

Ele foi condenado, em nosso país, pela prática de crime. Houve o trânsito em julgado.

O Ministro da Justiça, após processo administrativo, publicou portaria determinando a expulsão de Jumaa do Brasil.

Enquanto aguardava os trâmites burocráticos para que fosse efetivada a sua expulsão, Jumaa envolveu-se amorosamente com uma brasileira e eles tiveram um filho.

Diante disso, a Defensoria Pública da União impetrhou habeas corpus em favor de Jumaa afirmando que ele não poderia mais ser expulso em razão de ter um filho brasileiro, que vive sob a sua guarda e dependência econômica e socioafetiva.

Indaga-se: o fato de o estrangeiro ter um filho brasileiro pode servir para evitar a sua expulsão do território nacional?

SIM. No entanto, não basta ter filho brasileiro. A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) proíbe a expulsão caso o estrangeiro tenha filho brasileiro e ele esteja sob a sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva. Veja a redação da Lei:

Art. 55. Não se procederá à expulsão quando:

(...)

II - o expulsando:

a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;

(...)

(Juiz Federal TRF2 2018) O estrangeiro que tiver filho brasileiro sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva pode ser expulso. (errado)

Existe até uma súmula bem antiga do STF tratando sobre o tema:

Súmula 1-STF: É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.

Informações prestadas pelo Ministro da Justiça

O Ministro da Justiça apresentou informações no habeas corpus alegando que esse motivo (filho brasileiro) não poderia impedir a efetivação da expulsão, considerando que o nascimento da criança ocorreu depois da publicação da Portaria determinando a expulsão.

Logo, a hipótese legal de inexpulsabilidade não é contemporânea em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Jumaa deve ser expulso? É possível a efetivação da expulsão de estrangeiro que teve filho brasileiro após o fato que deu ensejo à expulsão?

NÃO.

É inadmissível a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, dependente socioafetivo ou econômico, mesmo que o crime ensejador da expulsão tenha ocorrido em momento anterior ao reconhecimento ou adoção do filho.

STF. Plenário. RHC 123891 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 23/2/2021 (Info 1007).

O Estado deve garantir a proteção especial à família e a proteção integral às crianças e aos adolescentes, sendo o convívio familiar uma das mais expressivas projeções dos direitos sociais.

Além disso, a dependência econômica não é o único fator a impedir a expulsão de estrangeiros com filhos brasileiros. A dependência socioafetiva também constitui fato juridicamente relevante apto a obstar o processo expulsório.

Nesse sentido, o art. 55, II, "a", da Lei nº 13.445/2017 expressamente prevê que: "Não se procederá à expulsão quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela".

Evidencia-se, portanto, que o próprio legislador infraconstitucional erigiu a socioafetividade à condição de causa impeditiva da expulsão.

STJ

O STJ possui um precedente no mesmo sentido:

Para a configuração das hipóteses legais de inexpulsabilidade não é exigível a contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

STJ. 1ª Seção. HC 452.975-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12/02/2020 (Info 667).

DOD PLUS – INFORMAÇÕES EXTRAS

A solução para o caso concreto seria a mesma se estivéssemos diante de um pedido de extradição?

NÃO. Segundo entendimento sumulado do STF, é possível extraditar estrangeiro mesmo que ele possua filho e mulher brasileiros:

Súmula 421-STF: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditado casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

EXPULSÃO	EXTRADIÇÃO
A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado.	O Estado entrega a outro país um indivíduo que cometeu um crime que é punido segundo as leis daquele país (e também do Brasil) a fim de que lá ele seja processado ou cumpra a pena por esse ilícito.

Ex.: o estrangeiro praticou um crime aqui no Brasil.	Ex.: um cidadão dos EUA lá cometeu um crime e fugiu para o Brasil.
É ato de ofício do Brasil.	Depende de pedido formulado pelo outro país.
O brasileiro naturalizado não pode ser expulso do território nacional.	O brasileiro naturalizado pode ser extraditado por crime cometido antes da naturalização ou então mesmo depois da naturalização se o crime cometido foi o tráfico ilícito de entorpecentes.
É ato de competência do Presidente da República, podendo ser delegado ao Ministro da Justiça. A Lei de Migração afirma que “caberá à autoridade competente resolver sobre a expulsão” (art. 54, § 2º). O Decreto Presidencial nº 9.199/2017 atribui ao Ministro da Justiça a competência para a expulsão.	O pedido de extradição feito por Estado estrangeiro é examinado pelo STF. Autorizado o pleito extrajudicial pelo STF, cabe ao Presidente da República decidir, de forma discricionária, sobre a entrega, ou não, do extraditando ao governo requerente.
O expulso é mandado para o país de sua nacionalidade ou procedência, ou para outro que aceite recebê-lo.	A pessoa extraditada é mandada para o país que requereu a extradição.
No revogado Estatuto do Estrangeiro, a pessoa expulsa só poderia retornar ao Brasil caso o decreto de expulsão fosse revogado pelo Presidente da República. A situação mudou com a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) e agora o impedimento de reingresso do estrangeiro é feito com prazo determinado: Art. 54 (...) § 4º O prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo.	Segundo o entendimento do Ministério da Justiça, nada impede o retorno ao Brasil de estrangeiro já extraditado, após o cumprimento da pendência com a Justiça do país requerente, desde que não haja também sido expulso do território nacional.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É inconstitucional lei estadual que limita ligações de telemarketing. ()
- 2) Normas estaduais que disponham sobre obrigações destinadas às empresas de telecomunicações, relativamente à oferta de produtos e serviços, incluem-se na competência concorrente dos estados para legislarem sobre direitos do consumidor. ()
- 3) A competência atribuída ao chefe do Poder Executivo para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em perfeita consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, e VI, da Constituição Federal. ()
- 4) A competência da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. ()

- 5) A busca e posterior apreensão efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a ANATEL, mostra-se constitucional diante da violação ao disposto no princípio da inviolabilidade de domicílio, à luz do art. 5º, XI, da Constituição Federal. ()
- 6) São incompatíveis com a Constituição Federal as regras previstas no Decreto nº 10.003/2019, que, a pretexto de regular o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda), frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes. ()
- 7) Todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou mesmo fora de serviço, independentemente do número de habitantes do Município. ()
- 8) O patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no art. 29, caput, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) representa violação aos princípios da dignidade humana e da isonomia e a garantia de salário-mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição Federal. ()
- 9) A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais. ()
- 10) É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional. ()
- 11) Incide apenas o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas operações envolvendo o fornecimento de programas de computador mediante contrato de licenciamento ou cessão do direito de uso, tanto para os “softwares” padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de “download” ou por acesso em nuvem. ()
- 12) É compatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória. ()
- 13) É inadmissível a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, dependente socioafetivo ou econômico, mesmo que o crime ensejador da expulsão tenha ocorrido em momento anterior ao reconhecimento ou adoção do filho. ()

Gabarito

1. E	2. C	3. C	4. C	5. C	6. C	7. C	8. E	9. C	10. C
11. E	12. E	13. C							

OUTRAS INFORMAÇÕES

Citação da fonte:

O Informativo original do STF é uma publicação elaborada Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação da Corte na qual são divulgados resumos das teses e conclusões dos principais julgamentos realizados pelo STF.

O Informativo comentado do Dizer o Direito tem por objetivo apenas explicar e sistematizar esses julgados. Vale ressaltar que os argumentos expostos foram construídos nos votos e debates decorrentes dos julgados. Portanto, a autoria das teses e das razões de convencimento são dos Ministros do STJ e do STF, bem como de sua competente equipe de assessores.

INFORMATIVO STF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, n. 1004/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Data de divulgação: 19 de fevereiro de 2021.