

Informativo comentado: Informativo 1006-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO À SAÚDE

- *Estados, Distrito Federal e Municípios podem importar vacinas?*
- *É dever do Poder Público elaborar e implementar plano para o enfrentamento da pandemia COVID-19 nas comunidades quilombolas.*

IMUNIDADES PARLAMENTARES

- *Caso Deputado Eduardo Silveira.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIÇOS PÚBLICOS

- *É constitucional o art. 12 da Lei Geral das Antenas.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EXECUÇÃO PENAL

- *STF deferiu medida liminar em habeas corpus coletivo impetrado pela DPU para determinar que os juízes e Tribunais do país cumpram a Recomendação 62/2020 do CNJ e adotem uma série de medidas para evitar a propagação da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- *Antes da EC 87/2015, o estado de destino não podia cobrar ICMS quando a mercadoria tivesse sido adquirida de forma não presencial, em outra unidade federativa, por consumidor final não contribuinte do imposto.*

CONTRIBUIÇÕES

- *ICMS integra a base de cálculo da CPRB.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO À SAÚDE

Estados, Distrito Federal e Municípios podem importar vacinas?

Importante!!!

Covid-19

- 1) Em princípio, as vacinas a serem oferecidas contra a covid-19 são aquelas incluídas no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação elaborado pela União;**
- 2) Se o plano for descumprido pela União ou se ele não atingir cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, os Estados, DF e Municípios poderão dispensar (conceder) à população as vacinas que esses entes possuírem, desde que tenham sido previamente aprovadas pela Anvisa;**
- 3) Se a Anvisa não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, os Estados, DF e Municípios poderão importar e distribuir vacinas que já tenham sido registradas nos EUA (EUA), na União Europeia (EMA), no Japão (PMDA) ou na China (NMPA). Além disso, tais entes poderão também importar e distribuir quaisquer outras vacinas que já tenham sido aprovadas, em caráter emergencial (Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020), pela ANVISA.**

Nas exatas palavras do STF:

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 ou na hipótese de cobertura imunológica intempestiva e insuficiente, poderão dispensar às respectivas populações:

- a) vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa; e**
- b) no caso não expedição da autorização competente, no prazo de 72 horas, vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, bem como quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial.**

STF. Plenário. ADPF 770 MC-Ref/DF e ACO 3451 MC-Ref/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

ADPF 770

Em 09/12/2020, o Conselho Federal da OAB ajuizou ADPF alegando que o Poder Executivo federal estaria sendo omisso em fornecer à população um plano definitivo nacional de imunização contra a covid-19.

Na ação, a OAB formulou três pedidos principais:

- a) que fosse permitida, excepcionalmente, a aquisição e o fornecimento de vacinas contra a covid-19 desde que já possuam registro em renomadas agências de regulação no exterior, independente de registro na Anvisa;**
- b) que fosse declarada a plena vigência e aplicabilidade do art. 3º, VIII e §7º-A, da Lei nº 13.979/2020 (esse dispositivo permite que as vacinas já aprovadas por pelo menos uma das autoridades sanitárias ali elencadas sejam utilizadas no Brasil em caso de omissão da Anvisa em apreciar o pedido em até 72h).**
- c) que os recursos recuperados com a operação “Lava-Jato” e outras similares fossem utilizados para adquirir vacinas.**

ACO 3451

Em 09/12/2020, o Estado do Maranhão ingressou com ação cível originária contra a União, no STF, alegando que “o Governo Federal, por razões de índole política ou ideológica, tem deixado de adotar medidas necessárias à promoção do direito fundamental à saúde, em especial no que tange a elaboração e execução de um plano de imunização da população brasileira.”

Ao final, o autor formulou dois pedidos principais:

- a) que fosse declarado que o Estado do Maranhão pode realizar um plano estadual de imunização buscando, inclusive, a celebração de acordos para aquisição direta de vacinas, nos termos do art. 3º, VIII, “a”, da Lei nº 13.797/2020;
- b) que a União fosse condenada a conceder auxílio financeiro ao Estado do Maranhão para a aquisição das vacinas necessárias a imunizar sua população ou, alternativamente, que fosse permitido que o Estado que compensasse as despesas que ele terá com a vacinação com as dívidas que possui com a União (Estado gasta com a vacinação e depois pode descontar isso das dívidas que tem com a União).

Liminar

No dia 24/02/2021, o Plenário do STF concedeu parcialmente a medida cautelar.

Vejamos o que foi decidido.

Direito à saúde

A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF/88).

A saúde é assegurada por meio de políticas sociais e econômicas que busquem:

- a redução do risco de doença e de outros agravos; e
- o acesso universal e igualitário às ações e serviços voltados à sua promoção, proteção e recuperação.

Quando se fala na dimensão objetiva do direito à saúde, isso significa que, independentemente de um caso concreto, existe um dever jurídico geral do Poder Público de concretizar medidas para garantir as políticas públicas de saúde.

Cuidar da saúde da população é uma competência que deve ser exercida por todos os entes federados

A Constituição Federal outorgou a todos os entes federados a competência comum de cuidar da saúde:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Quando se fala em “cuidar da saúde” isso abrange, obviamente, adotar medidas para salvar vidas e garantir a higiene física das pessoas ameaçadas ou acometidas pelo novo coronavírus (Covid-19).

No plano administrativo, esse dever é materializado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, previsto no art. 198, da CF/88:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

O SUS é compatível com o federalismo cooperativo, adotado pelo Brasil, segundo o qual existe um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais.

União tem o papel de coordenar as atividades do setor

A União exerce aquilo que a doutrina denomina de “competência de cooperação” e que consiste na obrigação constitucional de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações” (art. 21, XVIII, CF/88).

Assim, compete à União assumir a coordenação das atividades do setor, incumbindo-lhe, em especial, “executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do SUS ou que representem risco de disseminação nacional”, conforme estabelece o disposto no art. 16, III, “a”, e parágrafo único, da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde).

União é responsável pelo Programa Nacional de Imunizações (PNI)

Dentro desse papel de coordenar as atividades, a União tem a competência de elaborar, por intermédio do Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Imunizações (art. 3º da Lei nº 6.259/75).

O Ministério da Saúde coordenará e apoiará, técnica, material e financeiramente, a execução do programa, em âmbito nacional e regional (art. 4º, caput).

As Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, por sua vez, irão executar as ações do programa nos seus respectivos territórios.

Vale ressaltar que o Governo Federal divulgou, em 16/12/2020, o Plano Nacional de Imunizações contra a covid-19.

Estados-membros, DF e Municípios também podem atuar para suprir lacunas ou omissões

Não obstante constitua incumbência do Ministério da Saúde coordenar o PNI, tal atribuição não exclui a competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de também atuarem porque se trata, conforme já explicado, de competência comum (art. 23, II, da CF/88).

O ideal é que todas as vacinas seguras e eficazes sejam incluídas no PNI e que a União coordene nacionalmente o programa, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população.

No entanto, o STF entende que é possível a atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento da covid, especialmente para suprir lacunas ou omissões do governo federal.

Fixadas as premissas acima, o STF decidiu que:

- 1) Em princípio, as vacinas a serem oferecidas contra a covid-19 são aquelas incluídas no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação elaborado pela União;
- 2) Se o plano for descumprido pela União ou se ele não atingir cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, os Estados, DF e Municípios poderão dispensar (conceder) à população as vacinas que esses entes possuírem, desde que tenham sido previamente aprovadas pela Anvisa;
- 3) Se a Anvisa não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, os Estados, DF e Municípios poderão importar e distribuir vacinas que já tenham sido registradas nos EUA (EUA), na União Europeia (EMA), no Japão (PMDA) ou na China (NMPA). Além disso, tais entes poderão também importar e distribuir quaisquer outras vacinas que já tenham sido aprovadas, em caráter emergencial (Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020), pela ANVISA.

Em suma:

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 ou na hipótese de cobertura imunológica intempestiva e insuficiente, poderão dispensar às respectivas populações (a) vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa; e (b) no caso não expedição da autorização competente, no prazo de 72 horas, vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, bem como quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial.

STF. Plenário. ADPF 770 MC-Ref/DF e ACO 3451 MC-Ref/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

DIREITO À SAÚDE

É dever do Poder Público elaborar e implementar plano para o enfrentamento da pandemia COVID-19 nas comunidades quilombolas

Covid-19

O STF determinou que a União elaborasse plano de combate à Covid-19 para população quilombola, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq.

Além disso, o STF deferiu pedido para suspender os processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombolas até o término da pandemia.

STF. Plenário. ADPF 742/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

O caso concreto foi o seguinte:

Em 11/09/2020, a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq) e cinco partidos políticos ajuizaram ADPF pedindo que o Supremo Tribunal Federal determinasse à União a elaboração e a implementação de um plano nacional de combate aos efeitos da pandemia da Covid-19 nas comunidades quilombolas.

Na ação, os autores alegam que “as ações e as omissões das autoridades públicas federais têm contribuído de forma substancial para ampliar o número de casos de contágio e de óbitos pela Covid-19 nos territórios quilombolas”. Argumentam que esses grupos correm riscos iminentes de desagregação ou desestruturação, em razão da morte de seus integrantes e da perda de suas referências culturais.

O STF julgou o pedido parcialmente procedente.

Vamos entender com calma.

Quilombolas

O art. 68 do ADCT da CF/88 confere proteção especial aos territórios ocupados pelos remanescentes quilombolas. Confira:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Esse artigo possui duas partes:

1^a) estabelece um direito aos quilombolas: propriedade das terras ocupadas (“aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva”);
2^a) determina uma ordem ao Estado para que pratique o ato necessário a fim de assegurar esse direito: expedição dos títulos de propriedade (“devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”).

O que são as terras dos quilombolas?

São as áreas ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos e utilizadas por este grupo social para a sua reprodução física, social, econômica e cultural.

O que são remanescentes das comunidades dos quilombos?

Existe uma grande discussão antropológica sobre isso, mas, de maneira bem simples, os grupos que hoje são considerados remanescentes de comunidades de quilombos são agrupamentos humanos de afrodescendentes que se formaram durante o sistema escravocrata ou logo após a sua extinção.

O Decreto 4.887/2003 assim os define:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

A previsão do art. 68 do ADCT foi uma forma que o constituinte encontrou de homenagear “o papel protagonizado pelos quilombolas na resistência ao injusto regime escravista” (Min. Rosa Weber).

Nas palavras do Min. Edson Fachin:

“Os remanescentes de quilombos constituem grupo tradicional constituído a partir da resistência e luta pela liberdade, considerado o período de escravidão. Situam-se, majoritariamente, em zona rural, dedicando-se a atividades atinentes a agropecuária e extrativismo.”

Proteção constitucional às comunidades quilombolas

Além da previsão do art. 68 do ADCT, as comunidades quilombolas também são protegidas pelo art. 215, § 1º e pelo art. 216, I a V, da CF/88:

Art. 215. (...)

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O STF, ao apreciar a Ação Popular 3.388, na qual questionada a definição dos limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, proclamou o espírito fraternal e solidário dos citados preceitos, voltados à compensação de desvantagens historicamente acumuladas e à efetivação de integração comunitária (STF. Plenário. Pet 3388, Rel. Carlos Britto, julgado em 19/03/2009).

Imprescindível a execução de um plano governamental nacional

Ante o quadro de violação generalizada de direitos fundamentais dos quilombolas em virtude da pandemia da Covid-19, a agravar o estado de vulnerabilidade e a marginalização histórica, é imprescindível elaborar e executar plano governamental nacional com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq, por meio do qual formulados objetivos, metas, ações programáticas, cronograma de implementação e metodologias de avaliação, contemplando-se, ao menos, providências visando a ampliação das estratégias de prevenção e do acesso aos meios de testagem e aos serviços públicos de saúde, controle de entrada nos territórios por terceiros, considerado isolamento social comunitário e distribuição de alimentos e material de higiene e desinfecção.

Além disso, ante o interesse público, é pertinente a constituição de grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, por meio do qual é viabilizado o controle da execução dos programas e ações decorrentes do Plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas.

Um ponto importante a destacar é que a verificação da efetividade dessa política pública exige monitoramento e avaliação qualificada, garantindo-se a adequada alocação de recursos considerados os objetivos e metas propostos.

Para a consecução desse objetivo, é imprescindível a consolidação de insumos a subsidiarem a adequada atuação dos órgãos, autarquias e instituições. O rígido acompanhamento da doença, levando em conta evolução do contágio, da taxa de recuperação e de letalidade, pressupõe consideração das especificidades da população que se pretende atender.

A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos propicia o levantamento, pelo Poder Público, de marcadores sociais que permitem a definição de programas destinados à adequada resposta à crise sanitária.

No intuito de garantir efetividade ao direito fundamental à informação, também se mostra necessária a divulgação, por meio da internet, das políticas públicas, programas, ações e pesquisas direcionadas à população quilombola no contexto da pandemia.

Suspensão de ações envolvendo direitos territoriais das comunidades quilombolas

Deve ser suspensa a tramitação de demandas judiciais e recursos vinculados envolvendo direitos territoriais das comunidades quilombolas, tais como ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação até o término da pandemia.

O direito material demanda a salvaguarda de comunidades quilombolas do risco sanitário exacerbado pela execução de medidas constitutivas em seus territórios e a preservação de sua condição de acesso igualitário à justiça, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa sem comprometer à especial necessidade de isolamento social decorrente da sua grave condição de vulnerabilidade, reconhecida em lei. Incide, no caso, o princípio da precaução (art. 225, da CF/88) que exige do Poder Público um atuar na direção da mitigação dos riscos socioambientais, em defesa da manutenção da vida e da saúde.

Povos quilombolas devem ser prioridade na vacinação

Apesar de os povos quilombolas terem sido incluídos na fase prioritária do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação elaborado pelo governo federal, essa inclusão formal não é suficiente se desacompanhada de planejamento conducente à eficácia da medida.

Isso porque o governo limitou-se a fazer indicação genérica, deixando de prever protocolos sanitários voltados à efetividade da medida e de articular ações programáticas a fim de evitar descompasso nas unidades da Federação.

É preciso, portanto, viabilizar a concretização dos preceitos fundamentais atinentes à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde.

Medidas determinadas pelo STF

Em suma, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido para determinar, à União, que:

- i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia Covid-19 no que concerne à população quilombola, prevendo providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq;
- ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação

Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas;
iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de Covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade;
(iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidades-tradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população.

O STF ainda deferiu o pedido para suspender os processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola até o término da pandemia.

STF. Plenário. ADPF 742/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

Vencidos

Ficaram vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio (relator) e Nunes Marques.

IMUNIDADES PARLAMENTARES **Caso Deputado Eduardo Silveira**

Importante!!!

O Deputado Federal Eduardo Silveira publicou vídeo no YouTube no qual, além de atacar frontalmente os Ministros do STF, por meio de diversas ameaças e ofensas, expressamente propagou a adoção de medidas antidemocráticas contra a Corte, bem como instigou a adoção de medidas violentas contra a vida e a segurança de seus membros, em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de Poderes.

Tais condutas, além de tipificarem crimes contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do STF, são previstas como crime na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1973).

Não é possível invocar a imunidade parlamentar material (art. 53, da CF/88), neste caso. Isso porque a imunidade material parlamentar não deve ser utilizada para atentar frontalmente contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

As condutas criminosas do parlamentar configuram flagrante delito, pois verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo continuava disponível e acessível a todos os usuários da internet.

Os crimes que, em tese, foram praticados pelo Deputado são inafiançáveis por duas razões:

1) porque foram praticados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88; art. 323, III, do CPP); e

2) porque, no caso concreto, estão presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, de sorte que estamos diante de uma situação que não admite fiança, com base no art. 324, IV, do CPP.

Encontra-se, portanto, configurada a possibilidade constitucional de prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável, nos termos do § 2º do art. 53 da CF/88.

STF. Plenário. Inq 4781 Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/2/2021 (Info 1006).

Resumo dos fatos

No dia 16/02/2021, o Deputado Federal Daniel Silveira (PSL/RJ) publicou vídeo de 19m9s, no YouTube, no qual afirmou:

“(...) o que acontece Fachin, é que todo mundo está cansado dessa sua cara de filha da puta que tu tem, essa cara de vagabundo... várias e várias vezes já te imaginei levando uma surra, quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa corte ... quantas vezes eu imaginei você na rua levando uma surra... Que que você vai falar? que eu tô fomentando a violência ? Não... eu só imaginei... ainda que eu premeditasse, não seria crime, você sabe que não seria crime... você é um jurista pígio, mas sabe que esse mínimo é previsível.... então qualquer cidadão que conjecturar uma surra bem dada com um gato morto até ele miar, de preferência após cada refeição, não é crime (...)”

(...)”

“(...) vocês não têm caráter, nem escrúpulo, nem moral para poderem estar na Suprema Corte. Eu concordo completamente com o Abraham Waintraub quando ele falou ‘eu por mim colocava todos esses vagabundos todos na cadeia’, aponta para trás, começando pelo STF. Ele estava certo. Ele está certo. E com ele pelo menos uns 80 milhões de brasileiros corroboram com esse pensamento. (...)”

(...)”

“Eu também vou perseguir vocês. Eu não tenho medo de vagabundo, não tenho medo de traficante, não tenho medo de assassino, vou ter medo de onze? que não servem para porra nenhuma para esse país? Não... não vou ter. Só que eu sei muito bem com quem vocês andam, o que vocês fazem.”

(...)”

“vocês deveriam ter sido destituídos do posto de vocês e uma nova nomeação, convocada e feita de onze novos ministros, vocês nunca mereceram estar aí e vários também que já passaram não mereciam. Vocês são intragáveis, inaceitáveis, intolerável Fachin.”

(...)”

“Não é nenhum tipo de pressão sobre o Judiciário não, porque o Judiciário tem feito uma sucessão de merda no Brasil.”

“Uma sucessão de merda, e quando chega em cima, na suprema corte, vocês terminam de cagar a porra toda. É isso que vocês fazem. Vocês endossam a merda. Então como já dizia lá, Rui Barbosa, a pior ditadura é a do Judiciário, pois contra ela não há a quem recorrer. E infelizmente, infelizmente é verdade. O Judiciário tem feito uma, vide MP, Ministério Público, uma sucessão de merdas. Um bando de militantes totalmente lobotomizado, fazendo um monte de merda”.

No mesmo dia, o Min. Alexandre de Moraes entendeu que as afirmações proferidas configuraram crime e, no âmbito do Inquérito 4.781/DF, determinou a prisão em flagrante do Deputado. O dispositivo da decisão ficou assim:

“Diante de todo exposto DETERMINO:

a) a IMEDIATA EFETIVAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO, POR CRIME INAFIANÇÁVEL DO DEPUTADO FEDERAL DANIEL SILVEIRA. Nos termos do §2º, do artigo 53 da Constituição Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados deverá ser imediatamente oficiado para as providências que entender cabíveis; (...)”

Que inquérito é esse? Sobre o que ele trata?

O Inquérito 4781 foi iniciado no dia 14/03/2019, pelo então Presidente do STF, Dias Toffoli, por intermédio da Portaria GP 69/2019, tendo sido instaurado para apurar *fake news*, ofensas e ameaças contra os Ministros da Corte.

Foi designado o Ministro Alexandre de Moraes para conduzir o inquérito.

Confira a íntegra da Portaria:

“O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,
CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);
CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,
RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão,
Designo para a condução do feito o eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.”

O STF já decidiu que a instauração desse inquérito não violou a Constituição Federal: STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020 (Info 982). Para mais informações sobre essa decisão, clique aqui.

Vou agora explicar alguns pontos juridicamente relevantes sobre a decisão do Min. Alexandre de Moraes.

1) O Deputado Federal ou Senador pode ser preso antes da condenação definitiva?

- Regra: NÃO. Como regra, os membros do Congresso Nacional não podem ser presos antes da condenação definitiva.
- Exceção: poderão ser presos caso estejam em flagrante delito de um crime inafiançável. Isso está previsto no art. 53, § 2º da CF/88:

Art. 53 (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Pela redação literal do art. 53, § 2º da CF/88, o Deputado Estadual, o Deputado Federal e o Senador somente poderão ser presos, antes da condenação definitiva, em uma única hipótese: em caso de flagrante delito de crime inafiançável. Isso significa que, pela literalidade do dispositivo constitucional, tais parlamentares não podem ter contra si uma ordem de prisão preventiva.

Trata-se da imunidade formal em relação à prisão, também chamada de “incoercibilidade pessoal relativa” (*freedom from arrest*).

As imunidades parlamentares são prerrogativas conferidas pela CF/88 aos parlamentares para que eles possam exercer seu mandato com liberdade e independência.

Vale ressaltar que a imunidade prevista no art. 53, § 2º da CF/88 aplica-se não apenas para Deputados Federais e Senadores, mas também para os Deputados Estaduais. Isso porque os Deputados Estaduais possuem as mesmas imunidades que os parlamentares federais, por força do art. 27, § 1º da CF/88.

2) O Deputado Federal ou Senador pode ser preso se for condenado em processo criminal com trânsito em julgado?

SIM. O § 2º do art. 53 da CF/88 vedava apenas a prisão penal cautelar (provisória) do parlamentar, ou seja, não proíbe a prisão decorrente da sentença transitada em julgado, como no caso de Deputado Federal condenado definitivamente pelo STF.

STF. Plenário. AP 396 QO/RO, AP 396 ED-ED/RO, rel. Min. Carmen Lúcia, 26/6/2013 (Info 712).

REGRA: Deputados Federais e Senadores não poderão ser presos.	
Exceção 1: Poderão ser presos em flagrante de crime inafiançável.	Exceção 2: O Deputado ou Senador condenado por sentença judicial transitada pode ser preso para cumprir pena.
Trata-se de exceção prevista expressamente na CF/88.	Trata-se de exceção construída pela jurisprudência do STF.
Obs: os autos do flagrante serão remetidos, em até 24h, à Câmara ou ao Senado, para que se decida, pelo voto aberto da maioria de seus membros, pela manutenção ou não da prisão do parlamentar.	Obs: o parlamentar condenado por sentença transitada em julgado será preso mesmo que não perca o mandato. Poderíamos ter por exemplo, em tese, a esdrúxula situação de um Deputado condenado ao regime semiaberto que, durante o dia vai até o Congresso Nacional trabalhar e, durante a noite, fica recolhido no presídio.

Obs: existe divergência na doutrina sobre a possibilidade de o Deputado ou Senador ser preso por conta de atraso no pagamento da pensão alimentícia (prisão civil). Admitem: Uadi Bulos e Marcelo Novelino. Não admitem: Pedro Lenza e Bernardo Fernandes. Não há precedente do STF sobre o tema. Em suma, pode-se dizer que o § 2º do art. 53 da CF/88 vedava apenas a prisão penal cautelar (provisória) do parlamentar, ou seja, não proíbe a prisão decorrente da sentença transitada em julgado, como foi a hipótese do ex-Deputado Federal Natan Donadon, condenado pelo STF na AP 396/RO. No caso do Deputado Federal Daniel Silveira, ele ainda não havia sido sequer denunciado quando foi preso. Logo, não estávamos falando em condenação definitiva.

3) Quais os crimes que teriam sido praticados pelo Deputado Daniel Silveira?

Segundo a decisão do Min. Alexandre de Moraes, o referido Deputado teria praticado, em tese, diversos crimes contra a Lei de Segurança Nacional – Lei nº 7.170/73 (arts. 17, 18, 22, I e IV, 23, I, II e IV e 26). Vejamos os delitos que foram mencionados pelo Ministro como sendo possíveis imputações contra o parlamentar:

Art. 17. Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.
 Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.
 Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18. Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.
 Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 22. Fazer, em público, propaganda:
 I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;
 (...)
 IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.
 Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

Art. 23. Incitar:

- I - à subversão da ordem política ou social;
 - II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;
 - (...)
 - IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.
- Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Art. 26. Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

Posteriormente, no dia 18/02/2021, o Procurador-Geral da República ofereceu denúncia contra o Deputado tipificando os fatos de forma diferente. Veja a parte final da denúncia:

"15. Os comportamentos acima descritos tipificam, em concurso material, os crimes dos arts. 344 do Código Penal (por três vezes) e dos arts. 23, inciso II (uma vez) e inciso IV (por duas vezes), este último combinado com o art. 18, todos da Lei nº 7.170/1983, razão pela qual o Ministério Pùblico Federal requer o recebimento desta denúncia e, por conseguinte, a citação do denunciado para, querendo, apresentar resposta à acusação, por escrito, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/1990."

4) Os Deputados Federais e Senadores gozam de imunidade parlamentar. Não seria possível dizer que o referido Deputado está acobertado pela imunidade material? Essa imunidade é absoluta?

NÃO.

Imunidades parlamentares são algumas prerrogativas conferidas pela CF/88 aos parlamentares para que eles possam exercer seu mandato com liberdade e independência.

Existem duas espécies de imunidade parlamentar: material e formal.

A imunidade material, também chamada de inviolabilidade, significa que os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53 da CF/88).

Há alguns julgados do STF afirmando que a imunidade parlamentar material (art. 53 da CF/88) seria absoluta quando as afirmações do Deputado ou Senador sobre qualquer assunto ocorressem dentro do Congresso Nacional.

A situação poderia ser assim resumida:

- Ofensas feitas DENTRO do Parlamento: a imunidade seria absoluta. O parlamentar é imune mesmo que a manifestação não tenha relação direta com o exercício de seu mandato.
- Ofensas feitas FORA do Parlamento: a imunidade seria relativa. Para que o parlamentar seja imune, é necessário que a manifestação feita tenha relação com o exercício do seu mandato.

Veja um julgado do STF sobre o tema:

A palavra 'inviolabilidade' significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo. (...)

Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada 'conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar' (Inq 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas

ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material.

STF. Plenário. Inq 1.958, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgado em 29/10/2003.

No mesmo sentido: STF. 1ª Turma. RE 463671 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 19/06/2007. Esse entendimento não pode ser aplicado ao caso concreto, considerando que as palavras foram proferidas pelo Deputado Federal na internet:

(...)

7. A incitação ao crime, enquanto delito contra a paz pública, traduz afronta a bem jurídico diverso daquele que é ofendido pela prática efetiva do crime objeto da instigação.

(...)

9. In casu, (i) o parlamentar é acusado de incitação ao crime de estupro, ao afirmar que não estupraria uma Deputada Federal porque ela “não merece”; (ii) o emprego do vocábulo “merece”, no sentido e contexto presentes no caso sub judice, teve por fim conferir a este gravíssimo delito, que é o estupro, o atributo de um prêmio, um favor, uma benesse à mulher, revelando interpretação de que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher “poderia” ou “mereceria” ser estuprada.

(...)

15. (i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: “Despicio, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar” (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar. (...)

(Inq 3932, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 08-09-2016 PUBLIC 09-09-2016)

(...) o fato de o parlamentar estar na Casa legislativa no momento em que proferiu as declarações não afasta a possibilidade de cometimento de crimes contra a honra, nos casos em que as ofensas são divulgadas pelo próprio parlamentar na Internet. (...) a inviolabilidade material somente abrange as declarações que apresentem nexo direto e evidente com o exercício das funções parlamentares. (...) O Parlamento é o local por excelência para o livre mercado de ideias – não para o livre mercado de ofensas. A liberdade de expressão política dos parlamentares, ainda que vigorosa, deve se manter nos limites da civilidade. Ninguém pode se escudar na inviolabilidade parlamentar para, sem vinculação com a função, agredir a dignidade alheia ou difundir discursos de ódio, violência e discriminação.

STF. 1ª Turma. PET 7.174, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/3/2020.

5) O Deputado estava em flagrante delito?

Para o Min. Alexandre de Moraes, sim.

O Ministro afirmou que:

“as condutas criminosas do parlamentar configuraram flagrante delito, pois verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo permanece disponível e acessível a todos os usuários da rede mundial de computadores, sendo que até o momento, apenas em um canal que fora disponibilizado, o vídeo já conta com mais de 55 mil acessos.

Relembre-se que, considera-se em flagrante delito aquele que está cometendo a ação penal, ou ainda acabou de cometê-la. Na presente hipótese, verifica-se que o parlamentar DANIEL SILVEIRA, ao postar e permitir a divulgação do referido vídeo, que repiso, permanece disponível nas redes sociais, encontra-se em infração permanente e consequentemente em flagrante delito, o que permite a consumação de sua prisão em flagrante.”

6) Os crimes supostamente praticados pelo Deputado são inafiançáveis?

O Ministro entendeu que sim.

O art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV e o art. 323 do CPP preveem a lista de crimes inafiançáveis:

- a) Racismo;
- b) Tortura;
- c) Tráfico de drogas;
- d) Terrorismo;
- e) Crimes hediondos;
- f) Crimes cometidos por ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Assim, a lista acima é composta por crimes que são absolutamente inafiançáveis. Nunca poderá ser concedida fiança para eles. São inafiançáveis por natureza.

O art. 324 do CPP, por sua vez, traz situações nas quais não se poderá conceder fiança. Veja a redação do dispositivo, em especial o inciso IV:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (Revogado pela Lei nº 12.403/2011).

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Desse modo, segundo esse inciso IV, não será concedida fiança se estiverem presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal).

O inciso IV prevê, portanto, situação em que a pessoa praticou um crime que, mesmo não estando na lista do art. 323 (absolutamente inafiançáveis), não poderá receber fiança por circunstâncias específicas verificadas no curso do processo.

A partir desse dispositivo, o STF construiu a seguinte tese: os crimes que, em tese, foram praticados pelo Deputado são inafiançáveis por duas razões:

- 1) porque foram praticados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323, III, do CPP); e
- 2) porque, no caso concreto, estão presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, de sorte que estamos diante de uma situação que não admite fiança, com base no art. 324, IV, do CPP.

Veja esse trecho da decisão do Min. Alexandre de Moraes:

“Ressalte-se, ainda, que, a prática das referidas condutas criminosas atentam diretamente contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; apresentando, portanto, todos os requisitos para que, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, fosse decretada a prisão preventiva; tornando, consequentemente, essa prática delitiva insuscetível de fiança, na exata previsão do artigo 324, IV do CPP (“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: IV quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”).

Configura-se, portanto, a possibilidade constitucional de prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável, nos termos do §2º, do artigo 53 da Constituição Federal.”

Essa mesma interpretação já havia sido adotada pelo STF na AC 4036, Rel. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 25/11/2015.

7) Se era caso de prisão em flagrante, por que o Min. Alexandre de Moraes expediu um mandado? É necessária a expedição de mandado para cumprimento de prisão em flagrante?

Tecnicamente, não.

Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301 do CPP). A prisão em flagrante não precisa de ordem judicial para ser cumprida. Entretanto, no caso concreto, havia muitas dúvidas e questionamentos jurídicos sobre o enquadramento da conduta do Deputado e se seria cabível, ou não, a sua prisão.

Diante disso, o Ministro do STF entendeu recomendável esclarecer, por meio de decisão judicial, a possibilidade da prisão em flagrante, fazendo a sua determinação expressa.

Não há qualquer irregularidade nisso já que se trata de uma formalidade adicional em prol do investigado. A outra opção seria o Ministro na decisão afirmar: qualquer do povo está autorizado a prender o Deputado.

Vale destacar que não é porque foi expedido um mandado de prisão que a custódia, no caso concreto, deixou de ser prisão em flagrante e passou a ser preventiva. A diferença entre essas duas espécies de custódia não está atrelada ao instrumento por meio do qual ela é formalizada.

8) A situação acima é inédita ou existe algum precedente do próprio STF que ampare a decisão do Min. Alexandre de Moraes?

A situação é muito parecida com a prisão do então Senador Delcídio do Amaral, ocorrida em 25/11/2015. Relembrando os fatos.

O então Senador Delcídio do Amaral, em conjunto com outros investigados, estaria tentando convencer o ex-diretor Internacional da Petrobrás, Nestor Cerveró (um dos réus na Lava Jato), a não assinar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal. Isso porque Cerveró iria delatar crimes que teriam sido praticados por Delcídio e por um banqueiro.

Em troca de seu silêncio, Delcídio e o banqueiro teriam oferecido o pagamento de uma quantia mensal em dinheiro à família de Cerveró.

Além disso, o então Senador teria também prometido fazer lobby junto aos Ministros do STF para que estes concedessem liberdade a Cerveró e, em seguida, com o réu solto, o parlamentar iria facilitar a fuga do ex-diretor da Petrobrás para a Espanha, país do qual também tem cidadania.

O então Ministro do STF Teori Zavascki ordenou a prisão em flagrante do Senador Delcídio do Amaral e de mais três pessoas. No dia seguinte, a 2ª Turma do STF referendou (confirmou) a regularidade das prisões e as manteve.

Como o processo tramitou em segredo de justiça, a ementa foi muito lacônica:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SUPOSTO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, § 1º, NA FORMA DO § 4º, II, DA LEI 12.850/2013) COM PARTICIPAÇÃO DE PARLAMENTAR FEDERAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS CORRESPONDENTES. CABIMENTO. DECISÃO RATIFICADA PELO COLEGIADO.

(AC 4036, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

9) Depois de concretizada a prisão em flagrante do parlamentar federal, qual é o procedimento que deverá ser adotado em seguida?

A Constituição Federal determina que os autos deverão ser remetidos dentro de 24 horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (art. 53, § 2º). Assim, ainda no dia de ontem, o STF remeteu os autos à Câmara dos Deputados para que delibere se mantém, ou não, a prisão do parlamentar.

10) O Regimento Interno da Câmara (art. 251) afirma que essa votação sobre a manutenção, ou não, da prisão é secreta. É secreta mesmo?

NÃO. O Regimento Interno da Câmara, nesta parte, é inválido porque se tornou incompatível com o texto da CF/88, que foi alterado pela EC nº 35/2001. Explico:

Na redação original da CF/88, o § 3º do art. 53 previa o seguinte:

Art. 53 (...)

§ 3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

Com base nesse dispositivo, o Regimento Interno da Câmara previu que as votações para se decidir sobre a manutenção ou não da prisão do parlamentar deveriam ser secretas.

Ocorre que a EC nº 35/2001 modificou esse dispositivo, deslocando-o para o § 2º do art. 53 e supriu a expressão “pelo voto secreto”. Ficou assim:

Art. 53 (...)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Veja, portanto, que a redação atual não fala mais em voto secreto.

A regra é que as votações na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sejam ABERTAS. Isso decorre do fato de o Brasil ser uma República e de adotarmos a publicidade dos atos estatais como um princípio constitucional.

Assim, a população tem o direito de saber como votam os seus representantes, considerando que eles estão exercendo o poder em nome do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88).

A votação secreta somente é permitida se for expressamente prevista na CF. Em caso de silêncio, prevalece a publicidade. Tanto isso é verdade que, para as demais votações do Parlamento, o texto constitucional não precisa reafirmar que se trata de voto aberto. É o caso, por exemplo, das demais matérias previstas no art. 53 da CF/88.

Desse modo, o dispositivo do Regimento Interno que previa o voto secreto para apreciar a prisão dos parlamentares não foi recepcionado pela EC 35/2001.

REFERENDO DA DECISÃO

O Plenário do STF, na tarde do dia 17/02, reuniu-se e, por unanimidade, decidiu manter a prisão do Deputado Federal Daniel Silveira.

Veja abaixo os principais argumentos expostos na sessão:

Caso concreto

Na hipótese, o Deputado Federal publicou vídeo em rede social no qual, além de atacar frontalmente os ministros do STF, por meio de diversas ameaças e ofensas, expressamente propagou a adoção de medidas antidemocráticas contra a Corte, bem como instigou a adoção de medidas violentas contra a vida e a

segurança de seus membros, em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de Poderes.

Tais condutas, além de tipificarem crimes contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do STF, são previstas, expressamente, na Lei nº 7.170/1973, especificamente, nos arts. 17, 18, 22, I e IV, 23, I, II e IV, e 26.

Mas e a imunidade parlamentar material (art. 53 da CF/88)?

A imunidade parlamentar não pode afrontar o Estado Democrático de Direito

Atentar contra a democracia e o Estado de Direito não configura exercício da função parlamentar a invocar a imunidade constitucional prevista no art. 53, caput, da Constituição Federal.

STF. Plenário. Inq 4781 Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/2/2021 (Info 1006).

A imunidade material parlamentar não deve ser utilizada para atentar frontalmente contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. Em nenhum momento histórico, em qualquer que seja o país que se analise, a imunidade parlamentar se confundiu com a impunidade.

As imunidades parlamentares surgiram para garantir o Estado de Direito e da separação de Poderes.

Modernamente foram se desenvolvendo para a preservação da própria democracia.

A previsão constitucional do Estado Democrático de Direito consagra a obrigatoriedade de o País ser regido por normas democráticas, com observância da separação de Poderes, bem como vincula a todos, especialmente as autoridades públicas, ao absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de afastamento de qualquer tendência ao autoritarismo e concentração de poder.

A CF/88 não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (arts. 5º, XLIV; e 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – separação de Poderes (art. 60, § 4º), com a consequente instalação do arbítrio.

A liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes do sistema democrático.

A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

Dessa maneira, tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático, quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas, pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito à separação de Poderes e aos direitos fundamentais.

Flagrante delito

As condutas criminosas do parlamentar configuraram hipótese de flagrante delito, pois verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação no tempo dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo permaneceu disponível e acessível a todos os usuários da rede mundial de computadores.

Inafiançabilidade

Ressalta-se que a prática das referidas condutas criminosas atenta diretamente contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; apresentando, portanto, todos os requisitos para que, nos termos do art. 312 do CPP, fosse decretada a prisão preventiva; tornando, consequentemente, essa prática delitiva insuscetível de fiança, na exata previsão do art. 324, IV, do CPP.

Configura-se, portanto, a possibilidade constitucional de prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável, nos termos do § 2º do art. 53 da CF/88.

Com esse entendimento, o Plenário referendou a decisão monocrática do ministro relator que determinara a prisão em flagrante do parlamentar.

Resumindo:

O Deputado Federal Eduardo Silveira publicou vídeo no YouTube no qual, além de atacar frontalmente os Ministros do STF, por meio de diversas ameaças e ofensas, expressamente propagou a adoção de medidas antidemocráticas contra a Corte, bem como instigou a adoção de medidas violentas contra a vida e a segurança de seus membros, em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de Poderes.

Tais condutas, além de tipificarem crimes contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do STF, são previstas como crime na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1973).

Não é possível invocar a imunidade parlamentar material (art. 53, da CF/88), neste caso. Isso porque a imunidade material parlamentar não deve ser utilizada para atentar frontalmente contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

As condutas criminosas do parlamentar configuraram flagrante delito, pois verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo continuava disponível e acessível a todos os usuários da internet.

Os crimes que, em tese, foram praticados pelo Deputado são inafiançáveis por duas razões:

1) porque foram praticados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88; art. 323, III, do CPP); e

2) porque, no caso concreto, estão presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, de sorte que estamos diante de uma situação que não admite fiança, com base no art. 324, IV, do CPP.

Encontra-se, portanto, configurada a possibilidade constitucional de prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável, nos termos do § 2º do art. 53 da CF/88.

STF. Plenário. Inq 4781 Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/2/2021 (Info 1006).

Manutenção da prisão pela Câmara

No dia 19/02/2021, a Câmara dos Deputados decidiu manter a prisão em flagrante e sem fiança do Deputado Daniel Silveira.

364 Deputados votaram pela manutenção da prisão. 130 parlamentares votaram contra e houve 3 abstenções.

A decisão foi transformada em resolução promulgada na própria sessão.

DIREITO ADMINISTRATIVO**SERVIÇOS PÚBLICOS**

É constitucional o art. 12 da Lei Geral das Antenas

A Lei nº 13.116/2015 estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. Esse diploma normativo ficou conhecido como Lei Geral das Antenas.

O art. 12 dessa Lei proíbe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cobrem contraprestação das concessionárias pelo direito de passagem em vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum na instalação de infraestrutura e redes de telecomunicações.

O regramento do direito de passagem previsto no art. 12, caput, da Lei Geral das Antenas (Lei nº 13.116/2015) se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre

telecomunicações (art. 22, IV, da CF/88) e sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa (art. 22, XXVII, da CF/88).

O art. 12 da Lei Geral das Antenas respeita os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa.

O ônus real advindo da gratuidade do direito de passagem estabelecido no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, considerando o direito de propriedade restrin-gido.

Do ponto de vista material, não é compatível com a ordem constitucional vigente o entendimento de que o direito de propriedade — mesmo que titularizado por ente político — revista-se de garantia absoluta.

Logo, não se pode dizer que essa restrição imposta pelo art. 12 tenha violado o direito constitucional de propriedade.

STF. Plenário. ADI 6482/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/2/2021 (Info 1006).

Lei Geral das Antenas

A Lei nº 13.116/2015 estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações.

O objetivo dessa lei foi, no fim das contas, facilitar a ampliação da capacidade instalada das redes de telecomunicações que dão suporte à internet banda larga fixa e móvel.

Esse diploma normativo ficou conhecido como Lei Geral das Antenas.

ADI

O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 12 da Lei Geral das Antenas (Lei nº 13.116/2015). Esse dispositivo proíbe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cobrem contraprestação das concessionárias pelo direito de passagem em vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum na instalação de infraestrutura e redes de telecomunicações.

Confira o dispositivo:

Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.

§ 1º O disposto no caput não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa.

§ 2º O direito de passagem será autorizado pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

O PGR argumentou que essa norma violou a autonomia dos entes federados, considerando que sacrificou receita que poderia ser aplicada nos serviços públicos locais.

Segundo o autor, o usual é o pagamento pelo uso privativo de bem público como elemento de atividade econômica ou comercial do usuário, em razão da necessidade de socializar os benefícios originados da exploração do domínio público. A lei, ao estabelecer a gratuidade do direito de passagem de infraestruturas de telecomunicações, retirou dos entes federativos a prerrogativa de dispor dos bens integrantes de seu patrimônio jurídico.

O STF concordou com o pedido formulado na ADI? O art. 12 da Lei Geral das Antenas é inconstitucional?
NÃO.

Competência da União para legislar sobre o tema

Inicialmente, deve-se esclarecer que a lei é constitucional do ponto de vista formal. Isso porque ela trata sobre telecomunicações e sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, matérias que são de competência privativa da União:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A edição da Lei Geral das Antenas foi feita com base na competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e representa uma decisão evidente de afastar a possibilidade de os Estados-membros e Municípios legislarem sobre o tema.

O art. 12 da lei teve por objetivo fixar uma uniformização nacional do assunto. O propósito do legislador foi resolver as assimetrias regulatórias nacionais.

Vale ressaltar que, mesmo após a edição da Lei nº 13.116/2015, ainda se tem verificado uma atuação descoordenada dos entes subnacionais (Estados, DF e Municípios), o que gera graves problemas de segurança jurídica. Tais problemas, no fim das contas, fazem com que o setor empresarial tenha receio de fazer investimento na infraestrutura de telecomunicações do País.

É evidente, portanto, que a matéria disposta na legislação federal se reveste de inequívoco interesse público geral, devendo receber tratamento nacional uniforme.

Além disso, o preceito questionado não extravasou a dimensão geral do jogo de competências legislativas em matéria de contratos administrativos. A previsão normativa da gratuidade do aludido direito teve o objetivo muito claro de estabelecer uma regra geral para o tema.

Importante destacar, ainda, que a interpretação sistemática da Lei nº 13.116/2015, sobretudo naquilo que complementada pelo seu regulamento (Decreto nº 10.480/2020), revela o zelo do legislador de, ao mesmo tempo, uniformizar a gratuidade e respeitar o exercício das competências administrativas dos poderes concedentes locais.

O dispositivo questionado tem aplicação restrita aos contratos licitados após a sua edição e preserva a atuação dos entes subnacionais como poder concedente dos serviços de sua competência.

Logo, a primeira conclusão é no sentido de que:

O regramento do direito de passagem previsto no art. 12, caput, da Lei Geral das Antenas (Lei nº 13.116/2015) se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, da CF/88) e sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa (art. 22, XXVII, da CF/88).

STF. Plenário. ADI 6482/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/2/2021 (Info 1006).

Respeito aos princípios constitucionais da eficiência, da moralidade administrativa (art. 37, caput, CF/88)

O PGR afirmou que o referido art. 12 teve por efeito “alijar os Estados, os Municípios e o Distrito Federal de fonte de remuneração dos serviços públicos estaduais, distritais e municipais prestados em áreas públicas pelas quais o direito de passagem das infraestruturas de telecomunicações seja requerido”.

O STF não acolheu essa argumentação.

O art. 12 afirma, em seu texto, que ele não se aplica para os contratos que “decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei”.

Desse modo, o dispositivo renuncia a qualquer pretensão de retroatividade, ainda que mínima. Com isso, ele prestigia a garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Também respeita o dever de impessoalidade e o princípio da moralidade.

Da mesma forma, a previsão não ofende, de qualquer modo, o princípio da eficiência. Ao contrário. A Lei nº 13.116/2015 traduz solução de problema que desafiava a Federação: a pulverização descoordenada de condicionamentos jurídicos à instalação da infraestrutura de telecomunicações cujo efeito econômico mais pronunciado foi o de incrementar o custo regulatório.

A segunda conclusão, portanto, é a de que:

O art. 12 da Lei Geral das Antenas respeita os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa.

STF. Plenário. ADI 6482/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/2/2021 (Info 1006).

Restrição ao direito de propriedade dos Estados voltada à garantia da prestação de serviço público federal

O autor defendeu a tese de que a norma impugnada usurpou o direito fundamental de propriedade dos Estados, uma vez que o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 “extinguiu a possibilidade jurídica de disposição do titular sobre o direito de índole patrimonial, isto é, o aproveitamento privado de um direito de valor patrimonial, capaz de ser expresso em moeda, constituir-se enquanto fonte de receita pública, pertencente ao patrimônio do proprietário”.

Inicialmente, é interessante explicar que existe polêmica na doutrina sobre a possibilidade, ou não, de se invocar a proteção do direito fundamental à propriedade sobre bens públicos. Isso porque, por definição, a teoria dos direitos fundamentais tem por objetivo proteger o indivíduo, especialmente contra o Estado (e não o contrário).

No entanto, ainda que se entenda que isso é possível, ou seja, que o poder público possa invocar essa garantia constitucional, mesmo assim, o art. 12 não possui mácula.

O que o art. 12 faz é instituir um verdadeiro ônus real sobre vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo, independentemente da titularidade do bem. Ela impõe restrição ao direito de propriedade de bens que ostentam a feição de propriedade pública, ainda que provisoriamente ocupados por empresas privadas que titularizam a exploração de serviços públicos estaduais, por exemplo, a exploração de rodovias.

Entretanto, o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção “privatística estrita” e abarca outros valores que não de índole patrimonial. O direito de propriedade acaba por ter relação com outros direitos, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade de profissão, o direito adquirido, a liberdade de construir e, na espécie, a prestação de serviços públicos essenciais à coletividade.

O ônus real advindo da gratuidade do direito de passagem estabelecido no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, considerando o direito de propriedade restrinrido.

Do ponto de vista material, não é compatível com a ordem constitucional vigente o entendimento de que o direito de propriedade — mesmo que titularizado por ente político — revista-se de garantia absoluta.

Logo, não se pode dizer que essa restrição imposta pelo art. 12 tenha violado o direito constitucional de propriedade.

STF. Plenário. ADI 6482/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/2/2021 (Info 1006).

É possível e adequada a edição de lei federal voltada a uniformizar a gratuidade do direito de passagem em nível nacional. É medida adequada à finalidade a ser perseguida, inclusive para evitar as distorções regulatórias que obstam o tratamento uniforme da matéria. A discussão extravasa a aplicação literal do

Código Civil por envolver hipótese em que a restrição do uso do bem público decorre da necessidade de prestação de serviço público no interesse da coletividade.

O fato de o Poder Constituinte de Reforma ter mantido sob a responsabilidade da União a titularidade da prestação dos serviços de telecomunicações torna incontroverso que estes apresentam natureza de serviço público. A essência de caráter público dos serviços de telecomunicações não foi desconstituída pela simples previsão legal de que podem ser prestados por meio de autorização. Diferentemente das autorizações administrativas tradicionais, as autorizações de serviços de telecomunicações não se esgotam na simples emissão unilateral do ato, e marcam vinculação permanente com a Administração, com a finalidade de tutelar o interesse público.

Sobre a necessidade do meio utilizado, existe forte lógica econômica na extensão nacional da gratuidade: evitar que custos pela utilização da faixa de domínio sejam repassados aos consumidores de telecomunicações. Além de trazer outras dificuldades, a cobrança de maneira uniforme pelas diferentes esferas da Administração e concessionárias elevaria o custo ao consumidor final, dificultando o acesso aos serviços, na contramão da política nacional de telecomunicações.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, a lei federal e seu regulamento previram salvaguardas a fim de evitar o aniquilamento do direito real em jogo. Corrobora a proporcionalidade da restrição, o fato de:

- a) o direito de passagem dever ser autorizado pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada;
- b) a instituição do direito não abrange os custos necessários a infraestrutura e equipamentos, tampouco afetar obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano ou de restrição de uso significativa;
- c) o art. 12 encontrar-se alinhado ao princípio da segurança jurídica e à proteção do ato jurídico perfeito, considerada a aplicação de seus efeitos apenas aos contratos que decorram de licitações posteriores à data de promulgação da lei.

No caso, não se antevê qualquer violação constitucional ao direito de propriedade. Ademais, vislumbra-se a incidência da lógica de que *lex specialis derogat legi generali*.

Por fim, o entendimento veiculado não estabelece tese sobre a possibilidade de cobrança, pelo uso de faixas de domínio, fundada na Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995), assunto que não foi julgado neste processo.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EXECUÇÃO PENAL

STF deferiu medida liminar em habeas corpus coletivo impetrado pela DPU para determinar que os juízes e Tribunais do país cumpram a Recomendação 62/2020 do CNJ e adotem uma série de medidas para evitar a propagação da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais

Covid-19

Diante da persistência do quadro pandêmico de emergência sanitária decorrente da Covid-19 e presentes a plausibilidade jurídica do direito invocado, bem como o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere, admite-se — analisadas as peculiaridades dos processos individuais pelos respectivos juízos de execução penal, e desde que presentes os requisitos subjetivos — a adoção de medidas tendentes a evitar a infecção e a propagação da Covid-19 em estabelecimentos prisionais, dentre as quais a progressão antecipada da pena.

STF. 2ª Turma. HC 188820 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

O caso concreto foi o seguinte:

A Defensoria Pública da União impetrou habeas corpus coletivo em favor de todas as pessoas presas em locais acima da sua capacidade, as quais sejam integrantes de grupos de risco para a Covid-19 e não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça.

A DPU alegou que, além da situação caótica do sistema prisional, decorrente da superlotação e das precárias condições de higiene, a pandemia da Covid-19 aumentou os riscos para a população carcerária. A imetrante narrou que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62/2020 determinando uma série de medidas para reduzir os riscos aos presos, mas que os juízes e Tribunais têm sido resistentes em cumprir as determinações.

Diante disso, a DPU pediu a imediata concessão de liberdade provisória ou a colocação em prisão domiciliar dos presos que:

- estejam custodiados em presídios acima de sua capacidade;
- integrem o chamado grupo de risco (idosos e pessoas com comorbidades); e
- não estejam custodiados por crimes praticados com violência ou grave ameaça.

Liminar

No dia 17/12/2020, o Min. Edson Fachin, relator do HC, deferiu medida liminar para determinar que os magistrados do país reavaliem a situação de pessoas encarceradas nos termos da Recomendação 62/2020 do CNJ, enquanto durar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19.

Referendo

No dia 24/02/2021, a 2^a Turma do STF referendou a liminar concedida.

Vamos entender os principais aspectos jurídicos e as providências que foram determinadas.

É cabível a impetração de habeas corpus coletivo?

SIM. A despeito de não haver previsão legal expressa, tanto o STF como o STJ têm admitido a impetração de habeas corpus coletivo.

É possível fazer uma analogia com o mandado de segurança de natureza coletivo previsto no art. 5º, LXX, da CF/88.

Além disso, no âmbito internacional, o art. 25, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), garante o emprego de um instrumento processual simples, rápido e efetivo para tutelar a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela Lei ou pela citada Convenção.

Diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea (“sociedade de massa”), mostra-se imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal.

A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus implica economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional mais célere e mais eficiente.

O habeas corpus consolidou-se como um instrumento para defesa de direito fundamental e, como tal, merece ser explorado em sua total potencialidade.

Trata-se de uma forma de prestigiar a isonomia na prestação jurisdicional e de facilitar o acesso à Justiça. No direito comparado, a Suprema Corte argentina, a despeito de inexistir, naquele país, norma expressa regulando o habeas corpus coletivo, no famoso “Caso Verbitsky”, admitiu o cabimento da ação coletiva contra toda e qualquer situação de agravamento da detenção que importe um trato cruel, desumano ou degradante a um grupo de pessoas afetadas pela atuação arbitrária do Estado.

Emergência em saúde pública decorrente da covid-19 e preocupação internacional com os presos

Como se sabe, o mundo vive, desde o início de 2020, um estado de emergência em saúde pública de importância internacional em razão da pandemia decorrente da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).

A Organização das Nações Unidas (ONU), admitindo o contexto de maior vulnerabilidade social e individual das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, divulgou, em 31/3/2020, a Nota de Posicionamento - Preparação e respostas à Covid-19 nas prisões. Dentre as análises realizadas, a ONU afirma a possível insuficiência de medidas preventivas à proliferação da Covid-19 nos presídios em que sejam verificadas condições estruturais de alocação de presos e de fornecimento de insumos de higiene pessoal precárias, a exemplo da superlotação prisional.

Na mesma linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos – OEA recomendou aos países membros, dentre eles o Brasil, a adoção de medidas para evitar a disseminação do novo coronavírus no ambiente carcerário.

Além de medidas preventivas como fornecimento de produtos de higiene e proteção individual, isolamento de casos suspeitos, triagem de pessoas que ingressam no estabelecimento prisional, a CIDH, por meio da Resolução nº 1/2020, instou os países membros a reavaliar os casos de prisão para identificar se as situações de cárcere não poderiam ser substituídas por outras alternativas, como a prisão domiciliar ou progressão de regime.

Diante desse cenário mundial, considerada a situação de emergência de saúde pública ocasionada pela doença Covid-19 e presente a necessidade de se evitar a contaminação generalizada em ambientes de confinamento, diversos países adotaram medidas preventivas à infecção e à propagação do novo coronavírus em estabelecimentos prisionais.

Recomendação 62/2020 do CNJ

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020, em que recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. O prazo de vigência da Recomendação n.º 62/CNJ foi prorrogado pela Recomendação n.º 68/2020 e, posteriormente, pela Recomendação n.º 78/2020 e está atualmente em vigor.

Os riscos abrangem não apenas os detentos, mas também os terceiros envolvidos no sistema prisional

As medidas para evitar a infecção e a propagação da Covid-19 em estabelecimentos prisionais não devem ser enxergadas apenas sob a ótica do direito à saúde do detento em si. Trata-se, igualmente, de uma questão de saúde pública em geral. Isso porque a contaminação generalizada da doença no ambiente carcerário implica repercussões extramuros. Não se pode olvidar que há terceiros envolvidos nessa dinâmica: servidores do sistema penitenciário, terceirizados, visitantes, advogados. Além disso, vale consignar que o próprio detento, a depender da situação em que se encontra a execução penal, goza de contato com a sociedade em geral, em razão, por exemplo, do trabalho e do estudo externos, das saídas temporárias.

Enfrentamento da covid-19 nos presídios é mais complexo que nos demais ambientes em razão da superlotação

A par do enfretamento da Covid-19 nos espaços de confinamento como uma questão de saúde pública, cumpre anotar que o sistema penitenciário nacional lida com a difícil realidade da superlotação.

Essa realidade do sistema prisional brasileiro foi expressamente reconhecida pelo STF, na ADF 347 – MC, na qual a Corte declarou o “estado de coisas constitucional” do sistema penitenciário nacional, dado que presente um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais” das pessoas recolhidas ao cárcere decorrente de falhas estruturais e de políticas públicas (STF. Plenário. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015).

Diante desse cenário de falhas sistêmicas e de superlotação carcerária, o enfretamento da questão nos presídios brasileiros mostra-se muito complexo. Em presídios com a ocupação acima da capacidade para as instalações físicas e com condições de higiene precária, o combate ao novo coronavírus torna-se mais difícil. Não somente pela adversidade de se implementar o distanciamento físico entre os custodiados, como também pela difícil observância da necessária higienização pessoal dos detentos e dos espaços de confinamento para se evitar a contaminação pelo vírus. O perigo à saúde do preso é ainda maior quando se cuida de pessoa incluída no grupo de risco para a Covid.

A incidência de casos de Covid-19 na população privada de liberdade e entre os servidores do sistema penitenciário é, significativamente, superior ao constatado na população em geral.

Medidas determinadas pelo STF no julgamento do habeas corpus coletivo:

Diante de tudo que foi exposto, para fins da efetividade da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, o Min. Edson Fachin deferiu medida liminar que foi referendada pela 2ª Turma do STF, com as seguintes determinações para os juízes e Tribunais do país:

Progressão antecipada da pena:

O STF determinou que os juízes de execução penal do País, de ofício ou mediante requerimento das partes, desde que presentes os requisitos subjetivos (art. 112, § 1º, da LEP), concedam progressão antecipada da pena aos condenados que estejam no regime semiaberto para o regime aberto em prisão domiciliar e que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos:

- i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física;
- ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020;
- iii) cumpram penas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação n.º 62/2020 do CNJ;
- iv) faltem 120 dias para completar o requisito objetivo para a progressão do regime semiaberto para o aberto (art. 112 e parágrafos da LEP).

O juízo competente, caso entenda adequado, poderá deixar de conceder ao condenado em cumprimento de pena em regime semiaberto a progressão antecipada para o aberto em prisão domiciliar, estejam presentes as seguintes hipóteses cumulativas:

- 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo;
- 2) adoção de medidas preventivas ao novo coronavírus pelo presídio;
- 3) existência de atendimento médico adequado no estabelecimento prisional.

Alternativamente, o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder a progressão ao regime aberto em prisão domiciliar, caso presentes situações excepcionalíssimas que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que o regime aberto em prisão domiciliar, ainda que com monitoração eletrônica, mostra-se manifestamente inadequado ao caso concreto e causa demasiado risco à segurança pública.

Quanto à prisão domiciliar e à liberdade provisória:

O STF determinou que os juízes e os Tribunais, de ofício ou mediante requerimento das partes, concedam prisão domiciliar ou liberdade provisória, ainda que cumuladas com medidas alternativas do art. 319 do CPP, a presos que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos:

- i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física;
- ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020;

iii) não estejam presos por crimes praticados sem violência ou grave ameaça, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação nº 62/2020 do CNJ.

O juízo competente, caso entenda adequado, poderá deixar de conceder a prisão domiciliar ou a liberdade provisória, caso estejam presentes as seguintes hipóteses cumulativas:

- 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo;
- 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio;
- 3) existência de atendimento médico no estabelecimento prisional.

Alternativamente, o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder prisão domiciliar ou liberdade provisória, caso presentes situações excepcionalíssimas que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que a soltura, mesmo com imposição de medidas cautelares diversas à prisão (art. 319 do CPP), mostra-se manifestamente inadequada ao caso concreto e causa demasiado risco à segurança pública.

O órgão emissor da decisão no processo individual, em analogia ao art. 316, parágrafo único, do CPP, deverá reavaliar a presença dos critérios fixados na presente decisão, a cada 90 dias.

A presente medida liminar possui vigência até o fim da situação de emergência de saúde pública decretada pela autoridade responsável (art. 1º, § 2º, da Lei 13.979/2020) ou até decisão judicial em sentido contrário. STF. 2ª Turma. HC 188820 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

Antes da EC 87/2015, o estado de destino não podia cobrar ICMS quando a mercadoria tivesse sido adquirida de forma não presencial, em outra unidade federativa, por consumidor final não contribuinte do imposto

É inconstitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de circulação de mercadorias realizadas de forma não presencial e destinadas a consumidor final não contribuinte desse imposto.

STF. Plenário. ADI 4565/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

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.

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; 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. 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.
2) quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e não 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. 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.
3) quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.	Interestadual	Estado de origem. Aplica-se a alíquota interestadual, mas o valor ficará todo com o Estado de origem.

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>

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;	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: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;	
---	---	--

LEIS ESTADUAIS ANTERIORES À EC 87/2015 TENTARAM MELHORAR A SITUAÇÃO DOS ESTADOS CONSUMIDORES

Mesmo antes da EC 87/2015, alguns Estados-membros tentaram cobrar o ICMS sobre operações interestaduais de circulação de mercadorias realizadas de forma não presencial e destinadas a consumidor final não contribuinte desse imposto.

Veja, como exemplo, a Lei nº 6.041/2010, do Estado do Piauí:

Art. 1º Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS, de que trata a Lei nº 4.257, de 06 de janeiro de 1989, incidirá sobre as entradas neste Estado, de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação destinados a pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado do Piauí CAGEP, independentemente de quantidade, valor ou habitualidade que caracterize ato comercial.

Parágrafo único. O valor do ICMS, a ser exigido na hipótese de que trata o caput, corresponderá a uma carga tributária líquida entre 4,5% (quatro e meio por cento) e 10% (dez por cento) aplicada sobre o valor da operação constante no respectivo documento fiscal, conforme disposto em regulamento.

Essa lei é constitucional?

NÃO.

É inconstitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de circulação de mercadorias realizadas de forma não presencial e destinadas a consumidor final não contribuinte desse imposto.

STF. Plenário. ADI 4565/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

O estado de destino não pode cobrar ICMS, com fundamento em lei estadual anterior à EC 87/2015, quando a mercadoria for adquirida de forma não presencial, em outra unidade federativa, por consumidor final não contribuinte do imposto.

O art. 155, § 2º, VII, "b", da Constituição Federal, em sua redação original, previa que, "em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro estado, adotar-se-á alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte" do ICMS.

Dessa forma, o estado de origem tinha competência exclusiva para cobrar o ICMS nesse caso (antes da EC 87/2015).

Não bastasse isso, há uma nítida incompatibilidade entre a disciplina legal estadual e a regra constitucional de liberdade de tráfego (art. 150, V, da CF/88) e aquela que proíbe o tratamento discriminatório dos bens em função de sua origem (art. 152):

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

A norma estadual que permita que tanto o estado de destino como o estado de origem possam tributar um mesmo evento constitui um claro empecilho à circulação de mercadorias provenientes de outros estados, ao gerar uma dupla oneração da transação interestadual em comparação com aquela interna, e contraria as regras constitucionais referidas.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a constitucionalidade da Lei 6.041/2010 do estado do Piauí.

CONTRIBUIÇÕES

ICMS integra a base de cálculo da CPRB

Mudança de entendimento!

Atualize o Info 647-STJ

É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB.

STF. Plenário. RE 1187264/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1048) (Info 1006).

CPRB

A Contribuição Previdenciária sobre a **Receita Bruta** (CPRB) é uma contribuição social, de competência da União, destinada a custear a Previdência Social.

Foi instituída pela MP 540/2011, convertida na Lei nº 12.546/2011.

Inicialmente, esta Contribuição foi prevista para perdurar até 31/12/2014, mas acabou sendo prorrogada até que, a partir do advento da MP 651/2014, ela se tornou definitiva.

Contextualizando a criação e a finalidade da CPRB

A MP 540/2011 foi editada com o objetivo de estimular o desenvolvimento e promover o reaquecimento da economia nacional.

Segundo esse propósito, a MP reduziu encargos sobre a mão de obra, por intermédio de diminuição de alíquotas, abrangendo empresas de diversos segmentos, como o de tecnologia da informação e comunicação, navegação, hoteleiro, transporte aéreo, dentre outros.

A Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB teve um papel de desoneração tributária, ou seja, redução da carga tributária, considerando que o objetivo foi o de substituir a incidência de contribuição sobre a folha de pagamento por uma incidência sobre a receita bruta das empresas, o que, no fim das contas, reduziria o montante a ser pago.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

A empresa “XX” é contribuinte da CPRB.

O total das receitas auferidas pela empresa no mês foi R\$ 100 mil. O fisco cobrou a CPRB com base nesse valor (alíquota x 100 mil = tributo devido). A empresa não concordou e afirmou que dos R\$ 100 mil que ela recebeu, ficou apenas com R\$ 75 mil, considerando que R\$ 25 mil foram repassados ao Estado-membro a título de pagamento de ICMS. Em suma, para a empresa, a quantia paga a título de ICMS não pode ser incluída na base de cálculo da CPRB. Essa inclusão seria inconstitucional.

A tese da empresa foi acolhida pelo STF?

NÃO. A partir da alteração promovida pela Lei nº 13.161/2015, as empresas listadas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 têm a faculdade de aderir ao novo sistema, caso concluam que a sistemática da CPRB é, no seu contexto, mais benéfica do que a contribuição sobre a folha de pagamentos. Logo, não pode a empresa aderir ao novo regime de contribuição por livre vontade e, ao mesmo tempo, querer se beneficiar de regras que não lhe sejam aplicáveis. Permitir que a empresa adira ao novo regime, abatendo do cálculo da CPRB o ICMS sobre ela incidente, ampliaria demasiadamente o benefício fiscal, pautado em amplo debate de políticas públicas tributárias. A pretensão da empresa acarretaria grave violação ao art. 150, § 6º, da Constituição, que determina a edição de lei específica para tratar sobre redução de base de cálculo de tributo:

Art. 150 (...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

A receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da CPBR, compreende os tributos sobre ela incidentes

O Decreto-Lei nº 1.598/1977, que regulamenta o Imposto de Renda, após alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014, trouxe definição expressa do conceito de receita bruta e receita líquida, para fins de incidência tributária. Confira o que diz o art. 12:

Art. 12. A receita bruta compreende:

- I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
- II - o preço da prestação de serviços em geral;
- III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e
- IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

(...)

III - tributos sobre ela incidentes; e

Repare que o § 1º acima transcrito deixa claro que os tributos estão incluídos na receita bruta.

Ora, se a receita líquida compreende a receita bruta, descontados, entre outros, os tributos incidentes, significa que, *contrario sensu*, a receita bruta compreende os tributos sobre ela incidentes.

Em suma:

É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB.

STF. Plenário. RE 1187264/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1048) (Info 1006).

Mudança de entendimento

Vale ressaltar que o STF modifica o entendimento que prevalecia na jurisprudência. Isso porque recentemente o STJ havia decidido em sentido contrário:

Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, instituída pela Medida Provisória nº 540/2011, convertida na Lei nº 12.546/2011.

STJ. 1ª Seção. REsp 1624297/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 10/04/2019 (recurso repetitivo) (Info 647).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) Os estados, o Distrito Federal e os municípios, no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 ou na hipótese de cobertura imunológica intempestiva e insuficiente, poderão dispensar às respectivas populações (a) vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa; e (b) no caso não expedição da autorização competente, no prazo de 72 horas, vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, bem como quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial. ()
- 2) Deve ser suspensa a tramitação de demandas judiciais e recursos vinculados envolvendo direitos territoriais das comunidades quilombolas, tais como ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação até o término da pandemia. ()
- 3) Atentar contra a democracia e o Estado de Direito não configura exercício da função parlamentar a invocar a imunidade constitucional prevista no art. 53, caput, da Constituição Federal. ()
- 4) O legislador federal, para garantir a universalização e a prestação eficiente dos serviços de telecomunicações, pode — por exceção normativa explícita — impedir a cobrança de preço público pelo uso das faixas de domínio. ()
- 5) O regramento do direito de passagem previsto na Lei Geral das Antenas se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa. ()
- 6) Diante da persistência do quadro pandêmico de emergência sanitária decorrente da Covid-19 e presentes a plausibilidade jurídica do direito invocado, bem como o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere, admite-se — analisadas as peculiaridades dos processos individuais pelos respectivos juízos de execução penal, e desde que presentes os requisitos subjetivos — a adoção de medidas tendentes a evitar a infecção e a propagação da Covid-19 em estabelecimentos prisionais, dentre as quais a progressão antecipada da pena. ()
- 7) É constitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de circulação de mercadorias realizadas de forma não presencial e destinadas a consumidor final não contribuinte desse imposto. ()
- 8) O estado de destino não pode cobrar ICMS, com fundamento em lei estadual anterior à EC 87/2015, quando a mercadoria for adquirida de forma não presencial, em outra unidade federativa, por consumidor final não contribuinte do imposto. ()
- 9) É inconstitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB. ()
- 10) A receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB, não compreende os tributos sobre ela incidentes. ()

Gabarito

1. C	2. C	3. C	4. C	5. C	6. C	7. E	8. C	9. E	10. E
------	------	------	------	------	------	------	------	------	-------