



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INFORMATIVO STF 843

*Destaques comentados pelos
Professores Estratégia*

Sumário

Sumário	1
1 – Direito Tributário.....	1
2 – Direito Processual Penal	3

1 – Direito Tributário

Tarifa de assinatura básica e ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

STF. Plenário. RE 912888/SP, rel. min. Teori Zavascki, 13.10.2016. (RE-912888).

Comentários pelo Prof. Fábio Dutra:

Primeiramente, é importante entender que o STF decidiu que a tarifa de assinatura básica mensal não configura serviço, **mas sim como uma contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito**, prestado pelas concessionárias de telefonia e consistente no fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICMS. Desse modo, **é irrelevante, para fins de incidência do imposto, estar incluída nesta tarifa a franquia de minutos**, situação em que haveria a efetiva comunicação entre o usuário e terceiro, pelas razões acima expostas.

É evidente que, não fosse tal entendimento da Suprema Corte, a base de cálculo do ICMS acabaria sendo definida discricionariamente pela Anatel, ou até mesmo pelas próprias prestadoras, **já que o valor da tarifa básica mensal poderia ser majorado, em contrapartida da redução do valor cobrado pelas franquias de minutos**.

Tomemos como base o seguinte exemplo: João paga mensalmente R\$ 100,00 em sua fatura de telefone, sendo R\$ 20,00, correspondente à tarifa de assinatura básica mensal, e R\$ 80,00, correspondente a uma franquia de minutos contratada junto à prestadora do serviço de telefonia. Em determinado momento, esta prestadora poderia realizar uma alteração nos valores, definindo como tarifa de assinatura básica mensal o valor de R\$ 60,00, reduzindo o valor da franquia de minutos contratada por João para R\$ 40,00.

Analisando a situação ventilada, na prática, João iria pagar R\$ 100,00, de igual modo. Porém, a base de cálculo do ICMS seria reduzida de R\$ 80,00 para R\$ 40,00, caso não fosse considerada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.



Desse modo, uma questão que pode ser cobrada pelas bancas examinadoras é a seguinte:

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

Quando se diz "independentemente" em uma questão de prova, a tendência dos incautos é optar por definir o gabarito como "errada". Contudo, diante do que estudamos neste informativo, ficou claro que o ICMS pode incidir sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, mesmo que ausente a franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

GABARITO: Certo.

Do informativo:

Tarifa de assinatura básica e ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura mensal básica pelo serviço de telefonia.

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso, e rejeitou a alegação de que a matéria estaria preclusa em razão do julgamento do recurso especial. Entendeu que o recorrente interpôs devidamente os recursos especial e extraordinário de forma simultânea contra o acórdão do Tribunal de Justiça, mas ressaltou que o julgamento do recurso especial não teria vinculado o Supremo Tribunal Federal quanto à matéria constitucional.

Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio, que, ao reafirmar jurisprudência da Corte, considerava prejudicado o recurso extraordinário, por não ter sido interposto agravo contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

Quanto ao mérito, o Colegiado concluiu que a tarifa de assinatura básica mensal não é serviço, mas a contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito, prestado pelas concessionárias de telefonia e consistente no fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICMS.

Asseverou que a ausência de franquia de minutos vinculada ao preço cobrado e, assim, de efetiva comunicação entre o usuário e terceiro são irrelevantes e não descaracterizam o serviço remunerado pelo valor da assinatura básica mensal como serviço de comunicação.

Acrescentou que o que a Constituição Federal autoriza os Estados e o Distrito Federal a tributar não é exatamente o transporte transmunicipal, a comunicação ou quaisquer outros serviços, mas as prestações onerosas desses serviços.

Aduziu, por fim, que entendimento contrário atribuiria ao plano de serviço, elaborado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ou pelas próprias prestadoras, a possibilidade de definir a base de cálculo do ICMS-comunicação, o que afastaria a incidência tributária de certas quantias pelo fato de serem cobradas dos usuários a título de tarifa de assinatura básica mensal. Dessa forma, o próprio contribuinte, por ato individual de vontade, poderia definir como bem entendesse a base de cálculo do tributo devido, o que seria inadmissível.

Vencidos os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso, por considerarem que a assinatura básica não seria serviço de comunicação, não devendo incidir, portanto, o ICMS.

RE 912888/SP, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 13.10.2016. (RE-912888)



2 – Direito Processual Penal

“Habeas corpus” e regime de cumprimento de pena

A Primeira Turma, por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” em que se pretendia alterar o regime inicial de cumprimento de pena e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

STF. 1ª Turma. HC 129714/SP, rel. min. Marco Aurélio, 11.10.2016. (HC-129714).

Comentários pelo Prof. Paulo Guimarães:

a) apresentação resumida do caso

No caso em análise o réu incorreu no crime conhecido como tráfico de drogas, tipificado pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Como houve causa de diminuição de pena, a sentença condenou o réu à pena de dois anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 200 dias multa. Como a pena privativa de liberdade foi de apenas dois anos, a defesa pleiteou a substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do Código Penal.

A substituição foi negada com base no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, e por isso a defesa impetrou *habeas corpus*.

b) conteúdo teórico pertinente

O §4º do art. 33 da Lei de Drogas, em sua redação original, realmente proibiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na condenação por crime de tráfico de drogas.

O dispositivo, porém, foi declarado **inconstitucional** pelo próprio STF em sede de controle difuso de constitucionalidade (HC 97.256/RS), em razão da ofensa ao princípio da individualização da pena. Tal decisão motivou a edição da Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, por meio da qual a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” teve sua execução suspensa. A redação atual do dispositivo, portanto, é a seguinte:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

c) conclusão

Essa discussão acerca da constitucionalidade da proibição de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos já foi cobrado em provas de concursos diversas vezes nos últimos anos. Veja como exemplo a questão aplicada pelo Cespe no concurso para Analista Legislativo da Câmara dos Deputados, no ano de 2014.

No processamento do crime de tráfico de substâncias entorpecentes, é vedada, em qualquer hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.



Como você aprendeu hoje, essa proibição foi declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, e o dispositivo proibidor teve sua execução suspensa pelo Senado Federal.

GABARITO: Errado

Do informativo:

"Habeas corpus" e regime de cumprimento de pena

A Primeira Turma, por maioria, concedeu a ordem em "habeas corpus" em que se pretendia alterar o regime inicial de cumprimento de pena e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de duzentos dias-multa. Isso ocorreu em razão da prática do delito tipificado no art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com a incidência de causa de diminuição da pena prevista no § 4º do referido dispositivo legal.

Segundo a defesa, não haveria justificativa legal para a imposição de regime inicial fechado de cumprimento da pena. Alegava, ainda, que seria inconstitucional a vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no âmbito da Lei de Drogas e que o paciente, antes da concessão da medida liminar, já teria cumprido mais da metade da pena em regime fechado.

A Turma decidiu que, em caso de réu não reincidente, tendo sido a pena base fixada em seu mínimo legal e sendo positivas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (CP), é cabível a imposição do regime aberto de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor dos arts. 33 e 44 do CP.

Os ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, com ressalva de seus entendimentos pessoais quanto ao não cabimento do "writ", impetrado contra decisão monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça, concederam a ordem de ofício, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio (relator).

Vencido o ministro Edson Fachin, que denegava a ordem por entender que a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente deveriam preponderar sobre as circunstâncias judiciais genéricas do art. 59 do CP, conforme dicção expressa do art. 42 da Lei de Drogas.

HC 129714/SP, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11.10.2016. (HC-129714)

Busca veicular e autorização judicial

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em "habeas corpus" no qual se questionava a licitude de prova obtida por policiais durante investigação sobre crime contra a economia popular, caracterizado pela formação de cartel no mercado de gás de cozinha no Distrito Federal (DF).

STF. 2ª Turma. RHC 117767/DF, rel. min. Teori Zavascki, 11.10.2016. (RHC-117767)

Comentários pelo Prof. Paulo Guimarães:

a) apresentação resumida do caso

A controvérsia aqui gira em torno da possibilidade de apreensão de objetos que se encontram no interior do veículo do acusado sem autorização judicial. No caso em questão, houve interceptação telefônica como parte da investigação por crime contra a economia popular, e o acusado mencionou a existência de documento, escondido no interior do veículo de um dos acusados, que poderia servir como prova.



Os agentes da Polícia Civil obtiveram mandado judicial de busca e apreensão na residência do acusado, mas também apreenderam o documento que estava no veículo. A defesa então arguiu, por meio de *habeas corpus*, a necessidade de obtenção de nova autorização judicial no caso.

b) conteúdo teórico pertinente

O dispositivo que você precisa conhecer aqui é o art. 244 do Código de Processo Penal. O CPP menciona a busca domiciliar e a busca pessoal. A primeira depende de autorização judicial, enquanto a busca pessoal, nos termos do art. 244, a depender das circunstâncias prescinde de autorização judicial.

Art. 244. *A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.*

Resta saber, portanto, se a busca em veículo é seria considerada busca domiciliar ou busca pessoal, não é mesmo? Pois bem, a defesa arguiu que, uma vez que o veículo estava estacionado, trancado e sem condutor, seria necessária autorização judicial para proceder à busca no local, mas o entendimento do STF foi no sentido de que a busca em veículo deve ser considerada busca pessoal quando houver fundada suspeita de que nele estejam ocultados elementos necessários à elucidação dos fatos.

c) conclusão

Como a banca poderia elaborar uma questão sobre o tema? Vejamos um exemplo

Malandrino e Bandidóvio são agentes criminosos contumazes, praticando reiteradamente os delitos de estelionato e furto. Durante os procedimentos investigativos, a autoridade policial representa ao Poder Judiciário e obtém mandado de busca e apreensão de documentos na residência de Malandrino, mas, chegando lá, não encontra nenhum documento. Malandrino, por sua vez, zoma dos policiais, dizendo que os documentos que eles procuram estão em seu veículo, que está estacionado do outro lado da rua, e que eles não poderiam acessar, já que o mandado apenas os autoriza a realizar busca e apreensão em sua residência.

Diante do exposto, pode-se dizer que Malandrino tem razão, pois a autoridade policial precisará de novo mandado judicial para buscar documentos no interior do veículo.

Você aprendeu hoje que o STF entende que a busca no interior de veículo é considerada busca pessoal, e por isso, quando houver fundada suspeita de que nele estejam ocultados elementos necessários à elucidação dos fatos, não é necessário mandado judicial.

GABARITO: Errado

Do informativo:

Busca veicular e autorização judicial

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se questionava a licitude de prova obtida por policiais durante investigação sobre crime contra a economia popular, caracterizado pela formação de cartel no mercado de gás de cozinha no Distrito Federal (DF).

No caso, agentes da Polícia Civil do DF, após o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do paciente, obtiveram, por meio de interceptação telefônica, ciência da existência



de documento relacionado ao objeto das investigações, que estaria escondido no interior do automóvel de um dos investigados.

A defesa alegava que, cumprido o primeiro mandado de busca e apreensão — com a lavratura do respectivo auto —, a apreensão de documentos no interior de automóvel do paciente, que estava estacionado, trancado e sem condutor, exigiria nova autorização judicial. Argumentava, ademais, que a busca veicular poderia ser equiparada à busca pessoal apenas nas hipóteses taxativas do art. 244 do Código de Processo Penal (CPP).

O Colegiado decidiu que as medidas cautelares, por reclamarem especial urgência, não prescindem de agilidade, mas também não podem se distanciar das necessárias autorizações legais e judiciais. Consignou, também, que as apreensões de documentos no interior de veículos automotores, por constituírem hipótese de busca pessoal — caracterizada pela inspeção do corpo, das vestes, de objetos e de veículos (não destinados à habitação do indivíduo) —, dispensam autorização judicial quando houver fundada suspeita de que neles estão ocultados elementos necessários à elucidação dos fatos investigados, a teor do disposto no art. 240, § 2º, do CPP.

STF. 2ª Turma. RHC 117767/DF, rel. min. Teori Zavascki, 11.10.2016. (RHC-117767)

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