



SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL.....	2
1. ADI: medicamento, autorização por lei e ausência de registro sanitário.....	2
1.1. Situação FÁTICA.....	2
1.2. Análise ESTRATÉGICA.....	2
2. Medida provisória e controle judicial.....	4
2.1. Situação FÁTICA.....	4
2.2. Análise ESTRATÉGICA.....	5
DIREITO TRIBUTÁRIO.....	6
3. ICMS: importação de gás natural e sujeito ativo.....	6
3.1. Situação FÁTICA.....	6
3.2. Análise ESTRATÉGICA.....	6
4. Refis: exclusão de pessoa jurídica e necessidade de prévia notificação.....	11
4.1. Situação FÁTICA.....	11
4.2. Análise ESTRATÉGICA.....	11
DIREITO ADMINISTRATIVO	13
5. Pessoa jurídica de direito privado e sanção de polícia	13
5.1. Situação FÁTICA.....	13
5.2. Análise ESTRATÉGICA.....	14
DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	15





6. Cuidado a menor e à pessoa com deficiência e substituição de prisão preventiva	15
6.1. Análise ESTRATÉGICA.....	16



DIREITO CONSTITUCIONAL

1. ADI: medicamento, autorização por lei e ausência de registro sanitário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ante o postulado da separação de Poderes, o Congresso Nacional não pode autorizar, atuando de forma abstrata e genérica, a distribuição de medicamento.

ADI 5501/DF, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento virtual finalizado em 23.10.2020.

1.1. Situação FÁTICA.

Trata-se, na espécie, de ação direta de inconstitucionalidade apresentada pela Associação Médica Brasileira em face da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

1.2. Análise ESTRATÉGICA.

1.2.1. Questão JURÍDICA.



CF: "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

1.2.2. Pode o Congresso sair autorizando medicamentos?

R: Negativo!

Compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) permitir a distribuição de substâncias químicas, segundo protocolos cientificamente validados.

O controle dos medicamentos fornecidos à população leva em conta a imprescindibilidade de aparato técnico especializado, supervisionado pelo Poder Executivo.

ESCLARECENDO!



A Constituição Federal reservou aos parlamentares instrumentos adequados à averiguação do correto funcionamento das instituições pátrias, quais sejam, convocação de autoridade a fim de prestar esclarecimentos e instauração de comissão parlamentar de inquérito. Porém, surge impróprio aos parlamentares substituírem agência subordinada ao Poder Executivo.

TOME
NOTA!



O direito à saúde não será plenamente concretizado se o Estado deixar de cumprir a obrigação de **assegurar a qualidade de droga mediante rigoroso crivo científico**, apto a afastar desengano, charlatanismo e efeito prejudicial.



Ao elaborar a Lei 13.269/2016, o Congresso Nacional, permitindo a distribuição de remédio sem controle prévio da viabilidade sanitária, **omitiu-se no dever constitucional de tutelar a saúde da população**. A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é exigência para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais (Lei 6.360/1976, art. 12).

O diploma impugnado **suprime, casuisticamente, o requisito de registro sanitário**. Isso evidencia que o legislador deixou em segundo plano a obrigação de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde. A oferta de medicamento, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzida à margem do figurino constitucional, com atropelo dos pressupostos mínimos de segurança visando o consumo, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde (CF, art. 196).

É no mínimo temerária e potencialmente danosa a liberação genérica do tratamento sem realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar.

1.2.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, confirmou medida cautelar (Informativo 826) e julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da aludida lei. Vencidos os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que conferiram interpretação conforme à CF ao art. 2º da referida norma.

2. Medida provisória e controle judicial

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Inexistindo comprovação da ausência de urgência, não há espaço para atuação do Poder Judiciário no controle dos requisitos de edição de medida provisória pelo chefe do Poder Executivo.

ADI 5599/DF, Plenário, rel. min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 23.10.2020.

2.1. Situação FÁTICA.



Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, em face da Medida Provisória 746/2016, alegando que não estão preenchidos os requisitos constitucionais para a edição de MP.

2.2. Análise ESTRATÉGICA.

2.2.1. Pode o STF analisar a relevância e urgência de MPs?

R: Apenas EXCEPCIONALMENTE.



Apesar de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter se consolidado no sentido da **possibilidade de controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias**, "o escrutínio a ser feito pelo Judiciário neste particular é de domínio ESTRITO, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial **apenas quando atestada a inexistência CABAL desses requisitos**" (RE 592.377).]

A forma de se realizar esse controle deve depender da motivação apresentada pelo chefe do Poder Executivo. "A motivação, embora não seja requisito constitucional expresse, facilita o controle da legitimidade e dos requisitos constitucionais autorizadores, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário". Existindo motivação, ainda que a parte não concorde com os motivos explicitados pelo Presidente da República para justificar a urgência da medida provisória, não se pode dizer que eles não foram apresentados e defendidos pelo órgão competente.

NÃO é o caso de se proceder a **juízo de mérito** quanto aos argumentos utilizados para justificar a urgência na edição da medida provisória, mas tão somente verificar a **legitimidade de tais argumentos**, para assim realizar ou não a intervenção judicial almejada pela parte.

2.2.2. Resultado final.





O Plenário, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade.

DIREITO TRIBUTÁRIO

3. ICMS: importação de gás natural e sujeito ativo

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) incidente nas operações de importação de mercadorias tem como sujeito ativo o estado em que localizado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria importada. A conclusão acerca de quem será o destinatário jurídico do bem depende da análise do negócio jurídico entabulado entre as partes e das circunstâncias fáticas do caso concreto.

ACO 854/MS, ACO 1076/MS, ACO 1093/MS, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22.10.2020. (ACO-854)

3.1. Situação FÁTICA.

Mediante contrato de importação própria, sob encomenda, estabelecimento da Petrobras localizado em Corumbá/MS adquire gás natural diretamente de empresa na Bolívia. Só que esse gás não pode ser armazenado, sendo então redistribuído para outros pontos. A questão é: qual Estado tem capacidade ativa para exigir ICMS?

3.2. Análise ESTRATÉGICA.

3.2.1. Questão JURÍDICA.

CF: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) IX – incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no



exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;”

LC 87/1996: “Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: I – tratando-se de mercadoria ou bem: (...) d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;”

LC 87/1996: “Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.”

3.2.2. Qual está pode cobrar o ICMS-importação?

R: O estado em que localizado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria importada.

De acordo com o art. 155, II, da Constituição Federal, o critério MATERIAL de incidência do ICMS é a realização de operações relativas à circulação de mercadoria, ainda que as operações se iniciem no exterior, tendo o § 2º, IX, a, do mesmo artigo completado que o imposto incidirá também sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior.

O aspecto material do fato gerador do ICMS incidente na IMPORTAÇÃO é a circulação de mercadoria, caracterizada pela **transferência do domínio (compra e venda), com a conseqüente entrada no território nacional de bem ou mercadoria advinda do exterior.**



O Supremo Tribunal Federal decidiu que NÃO é a mera entrada da mercadoria no território nacional que enseja a incidência do ICMS-importação, pois deve haver circulação econômico-jurídica da mercadoria com **transferência de domínio.**



O **sujeito ativo** competente para a instituição do ICMS-importação são os **ESTADOS** e o Distrito Federal, nos moldes do citado art. 155, II, da CF, que receberão as prestações pecuniárias relativas às operações de importação que se realizem nos **limites** do seu território.

De acordo com o art. 4º da Lei Complementar (LC) 87/1996 (Lei Kandir), contribuinte (**sujeito passivo**) é aquele que promove a importação, a qualquer título. Entre os Estados, conforme a redação do art. 155, § 2º, IX, a, da CF, o **imposto caberá àquele onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria ou do bem.**

No entanto, a Constituição Federal não definiu qual deve ser considerado o estabelecimento destinatário da mercadoria.

Uma interpretação literal da previsão contida no art. 11, I, d, da LC 87/1996 poderia levar o intérprete a considerar como estabelecimento destinatário *meramente aquele estado onde ocorreu o desembaraço aduaneiro*. Ocorre que essa interpretação é **incabível**, visto que confunde o aspecto *temporal* do fato gerador (momento em que o tributo passa a ser exigível¹) com a sujeição exacional passiva, além de desconsiderar o próprio fato jurídico da importação, o que não se coaduna com o texto constitucional.

De fato, a jurisprudência desta Corte já se posicionou sobre essa questão no sentido de considerar que o DESTINATÁRIO é o **destinatário econômico-jurídico do bem**; e de que o local do desembaraço aduaneiro não se confunde com o local do destinatário jurídico da importação, ainda que possam ser faticamente o mesmo.

Desembaraço aduaneiro	Destinação econômico-jurídica
ASPECTO TEMPORAL	ASPECTO MATERIAL

Na importação própria, sob encomenda, o destinatário jurídico da mercadoria é o estabelecimento importador.

¹ O desembaraço aduaneiro refere-se ao aspecto **temporal** do fato gerador da obrigação tributária, momento em que o tributo passa a ser exigível, entendimento que, inclusive é objeto da Súmula Vinculante 48 do STF.





A Secretaria da Receita Federal do Brasil admite TRÊS formas de importação de bens do exterior: por conta própria, por conta e ordem de terceiro e por encomenda.

1) Na **importação por conta própria**, a *importadora adquire bens no exterior em seu nome e os revende posteriormente para terceiros*. Nessa hipótese, existem DOIS contratos de compra e venda: um entre o fornecedor estrangeiro e o importador, e outro entre o importador e o adquirente no mercado interno. A **venda do bem no mercado interno é negócio jurídico estranho à importação**, pois a importadora possui a livre disponibilidade do bem para dar a ele a procedência que melhor lhe aprouver.

2) A **importação por encomenda** se equipara, para a maioria da doutrina, à importação por conta própria, tendo em vista que a importadora ou *trading* não é uma mera intermediária ou prestadora de serviço; nas duas hipóteses, o importador realiza duas operações: a primeira relativa à importação de mercadoria do exterior em seu próprio nome, e a segunda (em decorrência ou não de encomenda), relativa à venda desse bem ou mercadoria no mercado interno.

3) Já na **importação por conta e ordem de terceiros**, o adquirente da mercadoria importada contrata empresa intermediária, prestadora de serviço para que promova, por conta e ordem da contratante, o despacho de importação da mercadoria em nome desta. Aqui, a empresa importadora é **mera prestadora de serviços**, sendo claro que o real importador é o adquirente da mercadoria.

Nas duas primeiras espécies, em que ocorrem **duas operações**, haverá, conseqüentemente, **duas hipóteses de incidência do ICMS**: uma referente ao fato jurídico da IMPORTAÇÃO do bem, na qual deverá ser cobrado o ICMS-importação previsto no art. 155, § 2º, IX, a, da CF, e a outra concernente à posterior VENDA desse mesmo bem no mercado interno, momento em que incidirá a regra constante do caput do art. 155.

Ou seja, na importação própria, sob encomenda, a importadora não é mera intermediária do consumidor interno ou simples prestadora de serviço, porque atua por conta própria, negociando e internalizando o bem no mercado para posterior revenda, independentemente de esta ter sido negociada antes ou depois da importação. Por isso, nessa hipótese, o **destinatário jurídico da mercadoria é o estabelecimento importador**.

O fato de o gás natural não poder ser estocado no estabelecimento do importador não altera a sujeição exacional ativa e passiva do ICMS-importação.



A circulação que importa para a hipótese de incidência do ICMS é a circulação econômico-jurídica de bens, o que significa a ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE **sem que seja necessário o deslocamento físico da mercadoria**. A própria LC 87/1996 contempla a figura da circulação jurídica ou simbólica (art. 12) e dispensa, em seu art. 20, a entrada física dos bens no estabelecimento para que ocorra a compensação do imposto. Ou seja, de acordo com essa previsão, **o direito de crédito existe a partir da circulação jurídica de bens, independentemente da ocorrência de circulação física**.

No que se refere ao gás natural, devido a sua composição química, é impossível, fisicamente, a armazenagem e estocagem no estabelecimento do importador. A transferência de gás natural em sua forma gasosa se opera de modo contínuo e sua alocação apenas é viável depois de submetida a processo de industrialização, quando assume a forma líquida e não mais gasosa. Acrescente-se que, o Plenário do STF, em sede de repercussão geral (Tema 520), declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto do art. 11, I, d, da LC 87/1996, para afastar o entendimento segundo o qual o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável pelo tributo, seria apenas o da entrada física do bem importado, tendo em vista, exatamente a juridicidade de circulação ficta de mercadoria, desde que haja efetivo negócio jurídico.

No caso em apreço, o gás é entregue à Petrobras no ponto em que ocorre a sua entrada no território nacional, em Corumbá/MS. Há a transferência da titularidade jurídica do bem, na qual o gás sai da esfera jurídica da empresa boliviana e passa à titularidade da Petrobras e, somente uma vez internalizado, passa a ser de domínio das empresas situadas nos territórios dos estados requeridos, ocorrendo, dessa forma, **DOIS negócios jurídicos com dupla incidência tributária**.

3.2.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou procedentes pedidos formulados em ações cíveis originárias, para, **reconhecendo a sujeição ativa exacional do estado de Mato Grosso do Sul**, envolvendo os atuais contratos de importação de gás natural da Bolívia do gasoduto Gasbol, determinar aos estados de Santa Catarina, de São Paulo e do Rio Grande do Sul que se abstenham de formular qualquer tipo de autuação ou lançamento tributário do ICMS incidente sobre as operações de importação de gás natural advindo da Bolívia e realizada pela Petrobras - Corumbá/MS; e de prosseguirem com as cobranças já iniciadas.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Rosa Weber que julgaram os pedidos improcedentes.





4. Refis: exclusão de pessoa jurídica e necessidade de prévia notificação

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

É inconstitucional o art. 1º da Resolução 20/2001 do Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal (CG/Refis), no que suprimiu a notificação da pessoa jurídica optante do Refis, prévia ao ato de exclusão

RE 669196/DF, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 23.10.2020.

4.1. Situação FÁTICA.

Trata-se, no caso, de controvérsia centrada na falta de intimação prévia de contribuinte, pessoa jurídica, sobre o ato de exclusão do Refis, na ausência de observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como nas garantias estabelecidas no art. 37 da CF.

4.2. Análise ESTRATÉGICA.

4.2.1. Questão JURÍDICA.

Decreto CG/Refis 20/2001: "Art. 1º. Os arts. 1º e 3º a 7º da Resolução CG/Refis 9, de 12 de janeiro de 2001, passam a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 1º A exclusão da pessoa jurídica optante pelo Programa de Recuperação Fiscal (Refis) ou pelo parcelamento a ele alternativo será efetuada mediante ato do Comitê Gestor, observadas as disposições desta Resolução.' 'Art. 3º A exclusão do Refis da pessoa jurídica optante será efetuada com base em: I – proposta da Secretaria Executiva do Comitê Gestor do Refis; II – representação fundamentada de servidor de qualquer das unidades da Secretaria da Receita Federal (SRF), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Parágrafo único. A deliberação ou a representação referidas no caput constituirão processo administrativo.' 'Art. 4º A representação de que trata o inciso II do art. 3º será apreciada no âmbito do órgão a que pertencer o servidor que a formular. § 1º A apreciação da representação e, quando for o caso, a proposta de exclusão ao Comitê Gestor do Refis compete aos: I – Delegados da Receita Federal ou Inspetores de Inspetorias da Receita Federal de classe 'A' do domicílio do optante, no âmbito da SRF; II – Procuradores-chefes ou Procuradores Seccionais, no âmbito da PGFN; III – Chefes de Divisão ou de Serviço de Arrecadação ou Procuradores-chefes, no âmbito do INSS. § 2º O disposto nos incisos I e III do § 1º deste artigo não se aplica às exclusões decorrentes de ordem judicial, e às representações fundamentadas nos incisos V, VI, VII e IX do art. 2º desta Resolução. § 3º Os processos formalizados nas hipóteses a que se refere o § 2º deste





artigo deverão ser encaminhados para apreciação e proposição da exclusão: I – às unidades da PGFN, no caso de processos formalizados na SRF; II – às unidades da Procuradoria da Previdência Social, no caso de processos formalizados no INSS.’ ‘Art. 5º O ato de exclusão será publicado no Diário Oficial da União, indicando o número do respectivo processo administrativo. § 1º A identificação da pessoa jurídica excluída e o motivo da exclusão serão disponibilizados na Internet, nas páginas da SRF, PGFN ou INSS, nos endereços (<http://www.receita.fazenda.gov.br>), (<http://www.pgfn.fazenda.gov.br>) ou (<http://www.mpas.gov.br>). § 2º A pessoa jurídica poderá, no prazo de quinze dias, contado da data de publicação do respectivo ato, manifestar-se quanto aos motivos que ensejaram a sua exclusão. § 3º A manifestação a que se refere o § 2º deste artigo será apreciada, em instância única, pela autoridade competente para propor a exclusão, sem efeito suspensivo. § 4º A decisão favorável ao sujeito passivo implica o restabelecimento do parcelamento a partir do mês subsequente ao de sua ciência.’ ‘Art. 6º As propostas de exclusão, na hipótese do inciso II do art. 3º, serão encaminhadas ao Comitê Gestor por meio do sistema Refis, sem a necessidade de anuência dos demais órgãos nem da movimentação do respectivo processo ao Comitê.’ ‘Art. 7º A exclusão por ordem judicial ou por solicitação do optante aplicam-se os mesmos procedimentos da exclusão de ofício, dispensada a representação a que se refere o inciso II do art. 3º.’”

CF: “Art. 5º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

4.2.2. Precisa intimar o contribuinte à exclusão do Refis?

R: SIM!



JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem constantemente reafirmado a **garantia da plenitude de defesa como uma pretensão à tutela jurídica**. A garantia da pretensão à tutela jurídica — albergada no art. 5º, LV, da CF — envolve não só o direito de manifestação e de informação sobre o objeto do processo, mas também o **direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador**.

O exercício da autotutela estatal deve ocorrer por meio de procedimento administrativo que confira àqueles que eventualmente venham a ser atingidos pela decisão invalidatória **oportunidade de manifestação prévia**,





observados os desdobramentos da ampla defesa [Tema 138 da Repercussão Geral (RG), RE 594.296].

Nesse sentido, é obrigatória a notificação prévia do contribuinte, antes da apreciação da representação, para que ele possa se manifestar sobre as irregularidades nela apontadas. Além disso, deve ser dado ao interessado a oportunidade para exercer sua defesa contra o ato de exclusão do Refis. Esse ato tem caráter individual e afeta diretamente o contribuinte em sua esfera particular de direitos. Ademais, considerações particulares, em tese, podem ter potencial para interferir na deliberação a ser adotada pelo Conselho Gestor. Quer dizer, há necessidade de apreciação da situação particularizada do contribuinte.

4.2.3. Resultado final.

Ao apreciar o Tema 668 RG, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário.

DIREITO ADMINISTRATIVO

5. Pessoa jurídica de direito privado e sanção de polícia

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

RE 633782/MG, Plenário, rel. min. Luiz Fux, julgamento virtual finalizado em 23.10.2020

5.1. Situação FÁTICA.

Cuida-se de recurso extraordinário contra acórdão do STJ o qual prestigiou a tese de que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização seriam delegáveis a entidades (estatais) de com natureza jurídica de direito privado.





Diante disso, o Tribunal, por maioria, ao apreciar o Tema 532 da repercussão geral, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à empresa, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno.

5.2. Análise ESTRATÉGICA.

5.2.1. Pode haver delegação de POLICIAMENTO de trânsito a estatal de direito PRIVADO?

R: SIM.



O fato de a pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a roupagem do **regime privado** **NÃO** a impede de exercer a função pública de polícia administrativa.

O regime jurídico híbrido das estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio é plenamente compatível com a delegação, nos mesmos termos em que se admite a constitucionalidade do exercício delegado de atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público. Isso porque a incidência de normas de direito público em relação àquelas entidades da Administração indireta tem o condão de as aproximar do regime de direito público, do regime fazendário e acabar por desempenhar atividade própria do Estado.



O Superior Tribunal de Justiça, ao desdobrar o ciclo de polícia, entende que *somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis*, pois aqueles referentes à **legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público**. Segundo a **teoria do CICLO DE POLÍCIA**, o **atributo da coercibilidade** é identificado na fase de sanção de polícia e caracteriza-se pela aptidão que o ato de polícia possui de criar unilateralmente uma obrigação a ser adimplida pelo seu destinatário.

Apesar da substancialidade da tese, verifica-se que, em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de MONOPÓLIO, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de *esvaziamento da finalidade* para a qual aquelas entidades foram criadas.

A Constituição da República, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado, autoriza, conseqüentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado, sob pena de restar inviabilizada a atuação dessas entidades na prestação de serviços públicos.

Por outro lado, cumpre ressaltar a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é **ABSOLUTAMENTE INDELEGÁVEL**: a **ordem de polícia, ou seja, a função legislativa**. A competência legislativa é restrita aos entes públicos previstos na Constituição da República, sendo vedada sua delegação, fora das hipóteses expressamente autorizadas no tecido constitucional, a pessoas jurídicas de direito privado.

Em suma, **os atos de consentimento, de fiscalização e de aplicação de sanções podem ser delegados a estatais** que possam ter um regime jurídico próximo daquele aplicável à Fazenda Pública.

5.2.2. Resultado final.

O Tribunal, por maioria, ao apreciar o Tema 532 da repercussão geral, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à empresa, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

6. Cuidado a menor e à pessoa com deficiência e substituição de prisão preventiva





HABEAS CORPUS

Tem direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar — desde que observados os requisitos do art. 318 do Código de Processo Penal e não praticados crimes mediante violência ou grave ameaça ou contra os próprios filhos ou dependentes — os pais, caso sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de menor de 12 anos ou de pessoa com deficiência, bem como outras pessoas presas, que não sejam a mãe ou o pai, se forem imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos ou com deficiência.

HC 165704/DF, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20.10.2020.

6.1. Análise ESTRATÉGICA.

6.1.1. Questão JURÍDICA.

CPP: “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.”

6.1.2. A prisão preventiva, no caso de réu do sexo masculino responsável por criança, deve ser substituída por domiciliar?

R: Salvo se o juiz demonstrar cabalmente a necessidade do contrário,
SIM!

Em observância à proteção integral e à prioridade absoluta conferidas pela Constituição Federal às crianças e às pessoas com deficiência, é cabível a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, nos casos dos incisos III e VI do art. 318 do CPP, quando o contexto familiar do investigado ou réu demonstrar a sua importância para a criação, o suporte, o cuidado e o desenvolvimento de criança ou pessoa com deficiência, bem como em decorrência das atuais circunstâncias de grave crise na saúde pública nacional que geram riscos mais elevados às pessoas inseridas no sistema penitenciário, em especial em razão da proliferação do Coronavírus (Covid-19) no Brasil.





Eventual **recusa à substituição deve ser amplamente fundamentada pelo magistrado** e só deve ocorrer em casos graves, tais como a prática pelo acusado de crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou a prática de delitos contra sua própria prole.

Ressalte-se que o art. 318, VI, do CPP, prevê expressamente que, nos casos de presos do SEXO MASCULINO, o juiz deverá substituir a prisão preventiva pela domiciliar caso ele seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Em se tratando de outras pessoas presas que *não sejam a mãe ou o pai*, o inciso III estabelece que deverá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar se o preso for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

6.1.3. Resultado final.

A Segunda Turma concedeu a ordem de **HABEAS CORPUS COLETIVO**.

