



SUMÁRIO

DIREITO TRIBUTÁRIO.....	2
1. Contribuição previdenciária e imunidade para beneficiário portador de doença incapacitante.....	3
1.1. Situação FÁTICA.....	3
1.2. Análise ESTRATÉGICA.....	3
2. ITCMD, extraterritorialidade e necessidade de lei complementar	4
2.1. Situação FÁTICA.....	5
2.2. Análise ESTRATÉGICA.....	5
3. Descumprimento de obrigação acessória imposta a prestadores de serviços e retenção do ISS pelo tomador.....	8
3.1. Análise ESTRATÉGICA.....	9
4. Difal, consumidor final não contribuinte do imposto e Convênio ICMS 93/2015-Confaz	10
4.1. Situação FÁTICA.....	11
4.2. Análise ESTRATÉGICA.....	11
5. Incidência apenas de ISS sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador.....	13
5.1. Situação FÁTICA.....	14
5.2. Análise ESTRATÉGICA.....	14
DIREITO CONSTITUCIONAL.....	17
6. Ausência de razoabilidade nos critérios das restrições ao porte de arma de fogo por guardas municipais.....	17





6.1.	Situação FÁTICA.....	17
6.2.	Análise ESTRATÉGICA.....	18
7.	Piso nacional do magistério público da educação básica.....	19
7.1.	Análise ESTRATÉGICA.....	20
8.	Trabalho do preso e remuneração inferior ao salário mínimo	21
8.1.	Análise ESTRATÉGICA.....	22
9.	Covid-19 e atualização do plano nacional de imunização	23
9.1.	Análise ESTRATÉGICA.....	23
DIREITO ADMINISTRATIVO		25
10.	Serviços de telecomunicações: criação da ANATEL e competências do órgão regulador.....	25
10.1.	Análise ESTRATÉGICA.....	25
10.2.	Situação FÁTICA.....	25
11.	Conselho Nacional da Criança e do Adolescente e Decreto 10.003/2019 30	
11.1.	Situação FÁTICA.....	30
11.2.	Análise ESTRATÉGICA.....	31
DIREITO INTERNACIONAL.....		32
12.	Expulsão de estrangeiro com filho brasileiro.....	32
12.1.	Análise ESTRATÉGICA.....	33
DIREITO PROCESSUAL PENAL.....		33
13.	Tribunal do júri e controle judicial de decisões absolutórias.....	33
13.1.	Análise ESTRATÉGICA.....	34
13.2.	Situação FÁTICA.....	34
MENOR RELEVÂNCIA		35
14.	Telecomunicações: manutenção de cadastro especial de assinantes e competência legislativa concorrente	35



DIREITO TRIBUTÁRIO



1. Contribuição previdenciária e imunidade para beneficiário portador de doença incapacitante

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

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

RE 630137/RS, relator Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007)

1.1. Situação FÁTICA.

Diversos servidores portadores de doença incapacitante alegavam a autoaplicabilidade da imunidade relativa à contribuição sobre proventos de aposentadoria e pensões (art. 40, § 21, da CF).

1.2. Análise ESTRATÉGICA.

1.2.1. Questão JURÍDICA.

CF: "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional 41, 19.12.2003) § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional 41, 19.12.2003) (...) § 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante."

1.2.2. A imunidade é autoaplicável?



R: Não, pois de eficácia limitada!



A imunidade prevista no art. 40, § 21, da Constituição Federal — com redação dada pela Emenda Constitucional 47/2005 e posteriormente alterada pela EC 103/2019 — possui **eficácia limitada, condicionada à edição de lei**.

A eficácia plena dessa norma dependia da edição de lei específica, seja lei complementar federal ou lei regulamentar dos entes federados no âmbito de seus regimes próprios, com a definição das doenças incapacitantes aptas a afastar a incidência da contribuição (Precedentes: SS 3.679 AgR/RN, relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Pleno; e ADI 3.477/RS, redator do acórdão Min. Luiz Fux, Pleno).

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

1.2.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para assentar que o § 21 do art. 40 da CF, incluído pela EC 47/2005 (e posteriormente alterado pela EC 103/2019), possuía eficácia limitada. Além disso, determinou-se a modulação dos efeitos da decisão a fim de que os servidores e pensionistas, que, por decisão judicial, vinham deixando de pagar as contribuições, não tenham que restituí-las. Nesses casos, o acórdão terá efeitos somente a partir da publicação da sua ata de julgamento, momento em que os entes que não tenham editado lei regulamentando o dispositivo poderão voltar a reter as contribuições previdenciárias.

2. ITCMD, extraterritorialidade e necessidade de lei complementar

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

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





RE 851108/SP, relator Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007)

2.1. Situação FÁTICA.

O Estado de São Paulo questiona acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-SP) que negou ao governo estadual o poder de cobrar o ITCMD sobre doação testamentária instituída por cidadão italiano, domiciliado em seu país, em favor de brasileira, consistente em móvel localizado na cidade de Treviso e quantia em euros. O TJ-SP considerou inconstitucional dispositivo da Lei estadual 10.705/2000 regulamentando a cobrança, sob o fundamento de que, inexistindo a lei complementar a que se refere o artigo 155, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a legislação paulista não poderia exigir o ITCMD na hipótese.

De acordo com a decisão, mesmo diante da omissão do legislador nacional acerca da matéria, os estados-membros não podem editar leis instituindo a cobrança com base na competência legislativa concorrente. A Constituição de 1988 estabelece que cabe à lei complementar federal – e não a leis estaduais – regular a competência e a instituição do ITCMD quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior ou se a pessoa falecida possuir bens, tiver sido residente ou domiciliada ou tiver seu inventário processado no exterior.

2.2. Análise ESTRATÉGICA.

2.2.1. Questão JURÍDICA.

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

(2) CF: “Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. d) definição de





tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: I - será opcional para o contribuinte; II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.”

(3) CF: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

(4) ADCT: “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.”

(5) ADI 2.818/RJ, rel. min. Dias Toffoli (DJe de 1º.8.2013); ADI 3.098, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 10.3.2006).

2.2.2. Podem os Estados instituir tal ITCMD?

R: Negativo.

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

Especificamente em matéria de legislação tributária, o art. 146 da CF (2) estatui, em síntese, caber à lei complementar três funções: a) dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária entre os entes federativos; b) regular as limitações ao poder de tributar; e c) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Nos termos do art. 146, III, a, da CF, na ausência da lei de NORMAS GERAIS definindo os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes, não há dúvidas de que os estados e o Distrito Federal, fazendo uso da



competência aludida no art. 24, § 3º, da CF (3), podem legislar, de maneira plena, editando tanto normas de caráter geral quanto normas específicas. Também na autorização dada pelo art. 34, § 3º, do ADCT (4), o texto constitucional oferece espaço para a legislação supletiva dos estados na edição de leis complementares que disciplinem os seus impostos. Em tais hipóteses, sobrevindo norma geral federal, ficará suspensa a eficácia da lei estadual ou do Distrito Federal (5).



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

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

Assim, a competência dos estados e do Distrito Federal a que alude o art. 24, § 3º, da CF NÃO se estende ao tratamento de matéria de direito tributário que, inevitavelmente, se imiscua em outras unidades federadas ou envolva conflito federativo. No campo dos limites da competência concorrente, a regulamentação da matéria diretamente pelos estados teria consequências que excederiam os limites dos poderes tributantes e constituiria campo fértil ao surgimento de conflito horizontal de competências.

ESCLARECENDO!



No caso do ITCMD, o inciso III do § 1º do art. 155 da CF é exceção às hipóteses previstas nos incisos I e II do mesmo parágrafo. *A exceção confirma a regra.* Prescinde de lei complementar a instituição do imposto sobre transmissão “causa mortis” e doação de bens imóveis – e respectivos direitos –



móveis, títulos e créditos no **contexto nacional**. Já as alíneas a e b do inciso III do § 1º do art. 155 da CF especificam a necessidade de regulação por lei complementar para as hipóteses de transmissão de bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos localizados no EXTERIOR, bem como de doador ou de "de cujus" domiciliados ou residente fora do país, no caso de inventário processado no exterior.

Herança em contexto NACIONAL	Herança em contexto INTERNACIONAL
Dispensa lei nacional	Demanda lei nacional
Estados podem agir	Estados NÃO podem agir

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

2.2.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, apreciando o Tema 825 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Luiz Fux (Presidente) e Gilmar Mendes, que deram provimento ao recurso.

Na sequência, o Plenário, por maioria, modulou os efeitos da decisão, atribuindo-lhes eficácia "ex nunc", a contar da publicação do acórdão em questão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (a) a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (b) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente. Vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin. No tocante ao apelo direcionado ao legislador, o Plenário, por maioria, entendeu não ser o caso. Ficaram vencidos nessa proposta os ministros Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Roberto Barroso e Nunes Marques.

3. Descumprimento de obrigação acessória imposta a prestadores de serviços e retenção do ISS pelo tomador



RECURSO EXTRAORDINÁRIO

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

RE 1167509/SP, relator Min. Marco Aurélio, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007)

3.1. Análise ESTRATÉGICA.

3.1.1. Questão JURÍDICA.

(1) Lei 13.701/2003: “Art. 9º-A. O prestador de serviço que emitir nota fiscal autorizada por outro Município, para tomador estabelecido no Município de São Paulo, referente aos serviços descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04), 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09), 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do “caput” do art. 1º desta lei, fica obrigado a proceder à sua inscrição em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças, conforme dispuser o regulamento. (...) § 2º As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de São Paulo, ainda que imunes ou isentas, são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo reter na fonte o seu valor, quando tomarem ou intermediarem os serviços a que se refere o “caput” deste artigo executados por prestadores de serviços não inscritos em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças e que emitirem nota fiscal autorizada por outro Município.”

(2) CF: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...) 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.”

(3) Precedente citado: RE 172058/SC, relator Min. Marco Aurélio, DJ de 13.10.1995.

3.1.2. Pode o município obrigar estabelecimentos sediados em outras municipalidades a se cadastrar e obrigar o tomador do serviço a reter o imposto em caso de não cadastro?

R: Claro que não!

A Lei 13.701/2003 do município de São Paulo, que prevê a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de





prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória, fere os artigos 30, I, 146 e 152 da Constituição Federal (CF) (2) (3).



A disciplina versada na norma, além de ser **estranha ao interesse local**, dá ensejo a tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço, ante o regime peculiar inaugurado visando estabelecimentos situados fora do município. Ademais, trata de matéria para a qual a Constituição exige lei complementar federal. Especificamente quanto ao ISS, a regência veio por meio da Lei Complementar 116/2003, na qual consta, como regra geral, ser o imposto devido, pelo prestador de serviços, no local onde sediado o estabelecimento.

A Lei 13.701/2003, portanto, ao estipular a “penalidade” de retenção do ISS pelo tomador dos serviços, nos casos em que o prestador, situado em outro município, não observar a obrigação acessória de cadastramento na Secretaria Municipal, **opera verdadeira modificação do critério espacial e da sujeição passiva do tributo**, revelando duas impropriedades formais: a **usurpação da competência legislativa da União, a quem cabe editar a norma geral nacional sobre a matéria**, e a inadequação do modelo legislativo, considerada a exigência constitucional de veiculação por lei complementar.

3.1.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, ao apreciar o Tema 1.020 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. **VENCIDOS** os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

4. Difal, consumidor final não contribuinte do imposto e Convênio ICMS 93/2015-Confaz

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE e RECURSO EXTRAORDINÁRIO





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

ADI 5469/DF, relator Min. Dias Toffoli, julgamento finalizado em 24.2.2021 e RE 1287019/DF, relator. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgamento finalizado em 24.2.2021 (Info 1007)

4.1. Situação FÁTICA.

O julgamento conjunto dos dois processos discute a necessidade de lei complementar para disciplinar, em âmbito nacional, a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS) exigida pelos estados.

A ADI 5469 foi ajuizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico contra cláusulas do Convênio ICMS 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), que dispõem sobre os *procedimentos a serem observados nas operações e nas prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada*. Entre outros argumentos, a entidade alega que os dispositivos questionados tratam de matéria a ser regulamentada por lei complementar.

Com mesmo tema, o RE 1287019 foi interposto pela MadeiraMadeira Comércio Eletrônico S/A e outras empresas contra decisão do TJDF, que entendeu que a cobrança do Difal, acrescentado à Constituição Federal (artigo 155, parágrafo 2º, incisos VII e VIII) pela Emenda Constitucional 87/2015, *não está condicionada à regulamentação de lei complementar*. As empresas alegam que a cobrança cria nova possibilidade de incidência do tributo e, portanto, exigiria a edição de lei complementar, sob pena de desrespeito à Constituição Federal (artigos 146, incisos I e III, alínea "a", e 155, inciso XII, parágrafo 2º, alíneas "a", "c", "d" e "i").

4.2. Análise ESTRATÉGICA.

4.2.1. Questão JURÍDICA.

(1) ADI 5.464 MC/DF, rel. min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. em 12.2.2016, DJe de 19.2.2016.

4.2.2. Precisa de LC?





R: Absolutamente!



É necessária a edição de lei complementar, disciplinando a EC 87/2015, para que os estados-membros e o Distrito Federal, na qualidade de destinatários de bens ou serviços, possam cobrar Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal) na hipótese de operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do Imposto.

Observadas as tendências decorrentes do [incremento no comércio eletrônico](#), o constituinte derivado estabeleceu a cobrança de Difal, prestigiando a unidade federada de destino, a fim de [atualizar a sistemática do tributo envolvendo consumidor final não contribuinte situado em outro estado-membro](#). Os estados e o Distrito Federal buscaram dar concretude ao regime fiscal mediante o Convênio ICMS 93/2015, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). A quadra indica **DUPLO VÍCIO FORMAL: usurpação de competência da União, à qual compete editar norma geral nacional sobre o tema, e inadequação do instrumento — convênio.**



Especificamente quanto ao ICMS, a Constituição Federal consigna caber à lei complementar, entre outras atribuições, definir seus contribuintes, dispor sobre substituição tributária; disciplinar o regime de compensação do imposto; fixar o local das operações, para fins de cobrança do tributo e de definição do estabelecimento responsável; fixar a base de cálculo. Atualmente a Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir) trata do ICMS com normas gerais. Entretanto, não há nela qualquer disposição relativa ao assunto em comento.





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



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

4.2.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal de cláusulas do Convênio ICMS 93/2015, por invasão de campo próprio de lei complementar federal, nos termos do voto do ministro Dias Toffoli (relator). **VENCIDOS** os ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

Igualmente em votação majoritária, ao apreciar o Tema 1093 da repercussão geral, o colegiado deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a invalidade da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do Difal, na forma daquele Convênio, ausente lei complementar disciplinadora. **VENCIDOS** os ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

5. Incidência apenas de ISS sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador

IMPORTANTE!

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE





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

ADI 5659/MG, relator Min. Dias Toffoli, julgamento finalizado em 24.2.2021 e ADI 1945/MT, relatora Min. Cármen Lúcia, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgamento finalizado em 24.2.2021 (Info 1007)

5.1. Situação FÁTICA.

A Confederação Nacional de Serviços (CNS) ajuizou ADI com o objetivo de excluir a incidência do ICMS sobre as operações com programas de computador. De acordo com a CNS, as operações com *software* jamais poderiam ser tributadas pelo ICMS, sobretudo em razão de já estarem arroladas no âmbito de incidência do Imposto sobre **Serviços de Qualquer Natureza (ISS)**, conforme definido pela Lei Complementar 116/2003. Tanto a elaboração de programas de computador quanto seu licenciamento ou cessão de direito de uso devem ser considerados serviços e, como tais, pertencer ao campo de incidência do ISS, cuja competência para arrecadação é única e exclusiva dos municípios e do Distrito Federal.

5.2. Análise ESTRATÉGICA.

5.2.1. Questão JURÍDICA.

(1) CF: "Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;"

(2) Precedente citado: RE 168.262/SP, relator Min. Marco Aurélio, DJe de 20.4.2001.

(3) Precedentes citados: ADI 3.142/DF, relator Min. Dias Toffoli, DJe de 1.12.2020; RE 116.121/SP, redator do acórdão Min. Marco Aurélio, DJe de 28.5.2001; RE 547.245/SC, relator Min. Eros Grau, DJe de 5.3.2010; e RE 651.703/PR, relator Min. Luiz Fux, DJe de 7.5.2019.

5.2.2. ICMS ou ISS?



R: ISS!

O legislador constituinte, ciente da possibilidade de que os fatos geradores do ICMS e do ISS poderiam dar margem a inúmeros conflitos de competência tributária, estabeleceu, no art. 146, I, da CF (1), que esses conflitos deveriam ser resolvidos por lei complementar (LC) de normas gerais a cargo da União.

O STF, observando o contido na LC 116/2003, tradicionalmente (2) resolve as ambiguidades entre o ISS e o ICMS com base na sistemática objetiva, isto é, determinando-se a incidência apenas do primeiro se o serviço está definido em LEI complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei. Por outro lado, entende a Corte pela incidência somente do segundo tributo sobre as operações de circulação de mercadoria que envolvam serviços não definidos por lei complementar como tributáveis pelo imposto municipal.

ISS	ICMS
Previsão em LC	Não previsão específica na LC
EXPRESSA	RESIDUAL

Seguindo essa diretriz, o licenciamento ou a cessão do direito de uso de programas de computador, tanto para os softwares padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de download ou por acesso em nuvem, enquadra-se no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à LC 116/2003, sem prejuízo de que no caso do modelo *software as a service* outras utilidades disponibilizadas ao usuários possam ser desmembradas do licenciamento e submetidas à tributação nos subitens 1.03 e 1.07.

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

A Lei 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sobre sua comercialização no País, trata, também, da proteção aos direitos e do registro, pois o **software é produto do engenho humano, é criação intelectual**, sendo essa a sua característica fundamental. Para a construção de um programa de computador, faz-se imprescindível a existência do fazer humano direcionado, não havendo





como desconsiderar esse elemento, ainda que se esteja diante de software que seja replicado para comercialização para diversos usuários.

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

Note-se que não é possível no contrato de licenciamento ou na cessão do direito de uso no software personalizado ou mesmo no padronizado separar de maneira clara a obrigação de dar a transferência do bem digital da obrigação de fazer e esses fundamentos também atraem a incidência do imposto municipal que encontra o devido amparo legal no subitem 1.05 da lista anexa à LC 116/2003 (3).

5.2.3. Resultado final.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou em conjunto duas ações diretas de inconstitucionalidade para **excluir da abrangência das respectivas normas estaduais impugnadas, as hipóteses de incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador.**

No tocante à modulação dos efeitos, o Plenário, por maioria, atribuiu eficácia ex nunc à decisão, a contar da publicação da ata de julgamento do mérito em questão para, em suma: a) impossibilitar a repetição de indébito do ICMS incidente sobre operações com softwares em favor de quem recolheu esse imposto, até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, vedando, nesse caso, que os municípios cobrem o ISS em relação aos mesmos fatos geradores; b) impedir que os estados cobrem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito. Ficam ressalvadas (i) as ações judiciais em curso, inclusive de repetição de indébito e execuções fiscais em que se discutam a incidência do ICMS e (ii) **as hipóteses de comprovada bitributação, caso em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ICMS.** Por sua vez, incide o ISS no caso de não recolhimento do ICMS ou do ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito.





VENCIDO o ministro Marco Aurélio, que não modulou os efeitos da decisão.

DIREITO CONSTITUCIONAL

6. Ausência de razoabilidade nos critérios das restrições ao porte de arma de fogo por guardas municipais

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE e AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

ADC 38/DF, ADI 5538/DF e ADI 5948/DF, relator Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007).

6.1. Situação FÁTICA.

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 38) ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, discute a validade do artigo 6º, incisos III e IV, da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que proíbe o porte de arma de fogo por integrantes de guarda municipal das capitais de estados e de municípios com menos de 500 mil habitantes e permite porte de arma de fogo, apenas em serviço, aos guardas municipais de cidades com mais de 50 mil e menos de 500 mil habitantes.

A controvérsia reside, na avaliação do procurador-geral, no entendimento do TJ-SP, que declarou a invalidade do artigo 6º, incisos III e IV, do Estatuto do Desarmamento, com base em ofensa aos princípios da isonomia e da autonomia municipal, e no tratamento discriminatório entre guardas municipais no que se refere à possibilidade de portar arma de fogo, “pois todas as guardas possuem como função proteger bens, serviços e instalações municipais, independentemente de valor ou de número de habitantes”.

A partir daí, diversos órgãos de primeira e segunda instâncias no Estado de São Paulo têm concedido habeas corpus com salvo conduto para guardas de municípios com menos de 500 mil habitantes portarem armas também fora do horário de serviço. Por outro lado, outros tribunais do país têm considerado





constitucionais os dispositivos do estatuto e condenado guardas municipais pelo porte ilegal de arma de fogo fora do horário de serviço.

6.2. Análise ESTRATÉGICA.

6.2.1. Questão JURÍDICA.

(1) Lei 10.826/2003: “Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para: (...) III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;”

(2) Lei 10.826/2003: “Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para: (...) IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;”

6.2.2. Como fica o porte de arma nesse caso?

R: As restrições são infundadas.

A comprovada participação das guardas municipais no combate à criminalidade, principalmente nos municípios com menos de 500 mil habitantes, e as estatísticas de mortes violentas (homicídios, latrocínios, lesões dolosas seguidas de morte e intervenções legais) demonstram que **o aumento da criminalidade violenta não distinguiu municípios por seu número de habitantes.**

Diante disso, é impossível compatibilizar dados estatísticos, que retratam um componente importante da violência urbana, com o fator discriminante eleito nos dispositivos impugnados. O aumento maior do número de mortes violentas, nos últimos anos, tem sido consistentemente maior exatamente nos grupos de municípios em que a lei estimou como passíveis de restrição ou até supressão do porte de arma por agentes encarregados constitucionalmente da preservação da segurança pública.





Patente, pois, o desrespeito ao postulado básico da IGUALDADE, que exige que **situações iguais sejam tratadas igualmente, e que eventuais fatores de diferenciação guardem observância ao princípio da razoabilidade**, que pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.

A opção do Poder Público será sempre ilegítima, desde que sem **racionalidade**, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa, porque a razoabilidade engloba a prudência, a proporção, a indiscriminação, a proteção, a PROPORCIONALIDADE, a CAUSALIDADE, em suma, a NÃO ARBITRARIEDADE.

A razoabilidade deve ser utilizada como parâmetro para se evitarem, como ocorreu na presente hipótese, os tratamentos excessivos, inadequados, buscando-se sempre, no caso concreto, o tratamento necessariamente exigível.

Na presente hipótese, o tratamento exigível, adequado e não excessivo corresponde a conceder idêntica possibilidade de porte de arma a todos os integrantes das guardas civis, em face da efetiva participação na segurança pública e na existência de similitude nos índices de mortes violentas nos diversos municípios, independentemente de sua população.

6.2.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos em duas ações diretas de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 6º da Lei 10.826/2003 (1), a fim de invalidar as expressões “das capitais dos Estados” e “com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes”, e declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 6º da Lei 10.826/2003 (2).

Na mesma assentada, o Plenário, por maioria, julgou improcedente a ação declaratória de constitucionalidade que versava o mesmo tema. Em todas as ações, ficaram **VENCIDOS**, os ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber.

7. Piso nacional do magistério público da educação básica





AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

ADI 4848/DF, relator Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007)

7.1. Análise ESTRATÉGICA.

7.1.1. Questão JURÍDICA.

(1) Lei 11.738/2008: “Art. 5º. O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009. Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.”

(2) CF: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

(3) 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: (...) XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;”

7.1.2. É possível estabelecer um piso nacional para o magistério público da educação básica?

R: Yeap!

O mecanismo de atualização do piso nacional do magistério da educação básica, previsto no art. 5º, parágrafo único, da Lei 11.738/2008 (1), é compatível com a CF.

A previsão de mecanismos de atualização é uma consequência direta da existência do próprio piso. A edição de atos normativos pelo Ministério da





Educação, nacionalmente aplicáveis, objetiva uniformizar a atualização do piso nacional do magistério em todos os níveis federativos e cumprir os objetivos previstos no art. 3º, III, da CF (2).

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

Não se constatam, ademais, violações aos princípios da SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA LEGALIDADE, já que o piso salarial tem os critérios de cálculo de atualização estabelecidos pela Lei 11.738/2008, sendo fixado um valor mínimo que pode ser ampliado conforme a realidade de cada ente. Além disso, a lei prevê a complementação pela União de recursos aos entes federativos que não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir os valores referentes ao piso nacional. Não caracterizada, portanto, ingerência federal indevida nas finanças dos estados e nem violação aos princípios orçamentários.

Não caracterizada, de igual modo, violação ao art. 37, XIII, da CF, pois, longe de ter criado uma “vinculação automática da remuneração dos servidores a um índice de aumento sobre o qual os Estados não têm ingerência”, a União, por meio da Lei 11.738/2008, prevê uma política pública essencial ao Estado Democrático de Direito, com a previsão de parâmetros remuneratórios mínimos que valorizem o profissional do magistério na educação básica.

7.1.3. Resultado final.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.

8. Trabalho do preso e remuneração inferior ao salário mínimo

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no artigo 29, “caput”, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP) (1) não representa violação aos princípios da dignidade humana e da isonomia, sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário mínimo prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal (CF) (2).





ADPF 336/DF, relator Min. Luiz Fux, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007)

8.1. Análise ESTRATÉGICA.

8.1.1. Questão JURÍDICA.

(1) Lei 7.210/1984: "Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo."

(2) CF: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;"

8.1.2. Preso tem direito a salário mínimo?

R: Nops...



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

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

Além disso, o preso recebe o benefício da **remissão da pena**, na proporção de 1 dia de redução da sanção criminal para cada 3 dias de trabalho





e o produto da remuneração deve ser direcionado para a indenização dos danos causados pelo crime, a assistência à família, para pequenas despesas pessoais e para promover o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção.

Portanto, a **LEGITIMIDADE da diferenciação entre o trabalho do preso e o trabalho dos empregados em geral** é evidenciada pela distinta lógica econômica do labor no sistema executório penal. Assim, o trabalho do detento pode até mesmo ser subsidiado pelo Erário, de modo que o *discrimen* promova — em vez de violar — o mandamento de isonomia contido no art. 5º, caput, da CF, no seu aspecto material, além de não representar violação ao princípio da dignidade humana.

8.1.3. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

9. Covid-19 e atualização do plano nacional de imunização

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A pretensão de que sejam editados e publicados critérios e subcritérios de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação, assim como a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse, encontra arrimo nos princípios da publicidade e da eficiência que regem a Administração Pública (CF, art. 37, "caput"); no direito à informação que assiste aos cidadãos em geral (CF, art. 5º, XXXIII, e art. 37, § 2º, II); na obrigação da União de "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas" (CF, art. 21, XVII); no dever incontornável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º, "caput"), traduzida por uma "existência digna" (CF, art. 170, "caput"), e no direito à saúde. Este último "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (CF, art. 6º, "caput", e art. 196, "caput").

ADPF 754 TPI-segunda-Ref/DF, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007).

9.1. Análise ESTRATÉGICA.





9.1.1. Questão JURÍDICA.

(1) Precedente citado: RE 668.722 AgR/RS, relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 25.10.2013.

(2) Precedente citado: ADI 6.421 MC/DF, relator Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe de 12.11.2020.

9.1.2. Pode o Judiciário entrar na parada (de novo)?

R: rrsrrsrs

O Poder Judiciário, em situações **excepcionais**, pode **determinar que Administração Pública adote medidas concretas**, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos essenciais, como é o caso da saúde (1).

Consta da atualização do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (2ª edição) — apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) — a indicação da população que será imunizada prioritariamente e a estimativa de doses necessárias, sem, no entanto, ser detalhado adequadamente qual a ordem de cada grupo, dentro de um universo de milhões de pessoas. Percebe-se facilmente que, em razão dessa lacuna, o Poder Judiciário passará a ser acionado cada vez mais, ensejando a multiplicidade de decisões judiciais, o que provocará insegurança jurídica.

Ademais, o perigo decorrente da ausência de discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde. Ao que parece, faltaram parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante da enorme demanda e da escassez de imunizantes.

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

É preciso rememorar que decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas (2).

9.1.3. Resultado final.





O Plenário referendou medida cautelar parcialmente deferida para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de cinco dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.

DIREITO ADMINISTRATIVO

10. Serviços de telecomunicações: criação da ANATEL e competências do órgão regulador

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A competência atribuída ao chefe do Poder Executivo para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em perfeita consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, e VI, da Constituição Federal (CF). O art. 18, I, II e III da Lei 9.472/1997 (1) é compatível com os arts. 21, XI, e 48, XII, da Constituição Federal.

ADI 1668/DF, relator Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 27.2.2021 (Info 1007)

10.1. Análise ESTRATÉGICA.

10.2. Situação FÁTICA.

A ADI questiona a possibilidade de a Anatel: (a) receber poderes regulatórios do Poder Executivo; (b) regular e até mesmo dispensar licitação; (c) realizar busca e apreensão de bens. A ação foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB).

10.2.1. Questão JURÍDICA.





(1) Lei 9.472/1997: "Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;"

(2) CF: "Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (...) Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) XII - telecomunicações e radiodifusão;"

(3) Lei 9.472/1997: "Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; (...) X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;"

(4) Precedente citado: ADI 4874/DF, relator Min. Rosa Weber, DJe de 1.2.2019.

(5) CF: "Art. 5º. (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"

(6) Lei 9.472/1997: "Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;"

(7) Precedente citado: Rcl 5310/MT, relatora Min. Cármen Lúcia, DJe de 16.5.2008.

(8) Precedente citado: RE 251445/GO, relator Min. Celso de Mello, DJ de 3.8.2000.

(9) Lei 9.472/1997: "Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: (...) II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;"

(10) Lei 9.472/1997: "Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:"

(11) Lei 9.472/1997: "Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio."

(12) Lei 9.472/1997: "Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I - exclusivamente no regime público; II - exclusivamente no regime privado; ou III - concomitantemente nos regimes público e privado. § 1º Não serão deixadas à





exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização. § 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas. (...) Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público. (...) Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos. Parágrafo único. Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.”

(13) CF: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;”

(14) Precedente citado: ADI 4923/DF, relator Min. LUIZ FUX (DJe de 5.4.2018).

(15) Lei 9.472/1997: “Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.”

10.2.2. A ANATEL pode receber do Executivo poderes regulatórios?

R: Sim!

O caput do art. 18 da Lei 9.472/1997 atribuem ao Presidente da República a competência para expedir decretos e regulamentos destinados à fiel execução de lei, e a ele outorgam o poder de dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal. É ínsito ao poder regulamentar atuar *secundum legem* e *intra legem*.

A competência da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. O art. 19, IV e X, da Lei 9.472/1997 (3), desse modo, é constitucional.

Na esteira da jurisprudência do STF (4), cabe às agências reguladoras, como a ANATEL, desempenhar a tarefa ordenadora e fiscalizatórias dos setores a elas submetidos. E, para a adequada execução dessa função, exsurge o poder de expedir normas como imanente à atividade regulatória das agências, a quem





competete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços.

NÃO se trata de delegação de poderes legislativos.

A expedição de normas regulatórias é sempre exercida com fundamento na lei, que também lhe serve de limite, mas que não esgota as possibilidades de mediação dos interesses diversos colocados para composição pelos órgãos reguladores.

10.2.3. PODE a ANATEL regular licitação?

R: Nãoooo!

A competência atribuída ao Conselho Diretor da ANATEL para editar normas próprias de licitação e contratação (Lei 9.472/1997, art. 22, II) (9) deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e aos contratos, em respeito ao princípio da legalidade.

Com efeito, **as agências reguladoras NÃO possuem a prerrogativa de legislar em matéria de licitação**. Primeiro, porque isso viola a competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, XXVII). Segundo, porque inovar no ordenamento jurídico não se encontra dentre os atributos que a função regulatória desses órgãos detêm, uma vez que eles colmatam lacunas propositais de natureza técnica na legislação, mas não podem estabelecer, de forma originária e primária, deveres e obrigações aos particulares, menos ainda exercer atividade criativa no que concerne a modalidades licitatórias e contratuais.

*Diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias por lei de mesma hierarquia da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993). Portanto, sua disciplina deve ser feita por **meio de lei, e não de atos infralegais**, em obediência aos artigos 21, XI, e 22, XXVII, do texto constitucional. Em razão disso, é inconstitucional a expressão "serão disciplinados pela Agência" contida no art. 55 da Lei 9.472/1997 (10).*

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





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

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

Diante da existência de parâmetros definidores na legislação, e da permissão constitucional para a prestação do serviço de telecomunicações pelo regime privado, por meio de autorização, não se vislumbra inconstitucionalidade nos artigos 65, III, §§ 1º e 2º, 66 e 69 da Lei 9.472/1997 (12). A previsão constitucional do art. 21, XI, permite a exploração “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei”.

Portanto, a despeito da previsão mais genérica do art. 175 da CF (13), no caso dos serviços de telecomunicações, é o texto constitucional que permite a exploração por meio de autorização, o que significa conferir à Administração a faculdade de instituir um regime privado, submetido à livre concorrência, ainda que derogado parcialmente pela regulação estabelecida pela ANATEL (14).

De todo modo, a **ANATEL não pode disciplinar procedimento licitatório simplificado por meio de norma de hierarquia inferior à Lei Geral de Licitações**, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal. Por isso, são inconstitucionais as expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados” do art. 119, da Lei 9.472/1997 (15).

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

10.2.4. **Pode ANATEL realizar busca e apreensão (poder de polícia)?**

R: Negativo!

A **busca e posterior apreensão efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia** de que é investida a ANATEL, mostra-se inconstitucional diante da violação ao disposto no princípio da



inviolabilidade de domicílio, à luz do art. 5º, XI, da Constituição Federal (5). Logo, o art. 19, XV, da Lei 9.472/1997 (6) é inconstitucional.

A possibilidade de promoção de interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, e apreensão de bens ou produtos, nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei 10.871/2004 (que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais, denominadas agências reguladoras), constitui exercício do poder de polícia da Administração Pública, dotado de autoexecutoriedade, inerente ao exercício dessa função (7).

Ocorre que o art. 19, XV, da Lei 9.472/1997, que estabelece a busca e apreensão de bens, tem uma dimensão distinta. Frise-se que, segundo orientação do STF, o conceito de domicílio não está limitado à residência domiciliar, mas abarca também **qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade** (8).

10.2.5. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada contra dispositivos da Lei 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8/1995. Vencido o ministro Roberto Barroso.

11. Conselho Nacional da Criança e do Adolescente e Decreto 10.003/2019

AÇÃO...
<i>É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos</i>
<i>(Info 1007)</i>

11.1. Situação FÁTICA.

A Procuradoria-Geral da República ajuizou ADPFs questionando decretos do presidente da República que alteram a composição e a forma de escolha dos membros do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). De acordo com a Procuradoria-Geral, as modificações, que reduziram o número de assentos destinados à sociedade civil nos



conselhos, violam o direito de participação popular direta e a proibição ao retrocesso institucional.

11.2. Análise ESTRATÉGICA.

11.2.1. Questão JURÍDICA.

(1) CF: “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (...) Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.”

(2) Decreto 9.579/2018: “Art. 79. O regulamento do processo seletivo das entidades referidas no inciso VII do caput do art. 78 será elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e divulgado por meio de edital público com antecedência mínima de noventa dias da data prevista para a posse dos membros do Conanda. Art. 80. O Conanda se reunirá em caráter ordinário trimestralmente e, em caráter extraordinário, sempre que convocado pelo Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. (...) § 3º Os membros do Conanda que se encontrarem no Distrito Federal se reunirão presencialmente e os membros que se encontrem em outros entes federativos participarão da reunião por meio de videoconferência. Art. 81. O Presidente da República designará o Presidente do Conanda, que será escolhido dentre os seus membros. § 1º A forma de indicação do Presidente do Conanda será definida no regimento interno do Conanda. § 2º O representante da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos substituirá o Presidente do Conanda em suas ausências e seus impedimentos.” (todos com a redação dada pelo Decreto 10.003/2019)

(3) Decreto 10.003/2019: “Art. 2º Ficam dispensados todos os membros do Conanda na data de entrada em vigor deste Decreto.”

(4) Decreto 9.579/2018: “Art. 79. As organizações da sociedade civil de que trata o inciso II do caput do art. 78 serão eleitas em assembleia específica, convocada especialmente para essa finalidade. (...) § 3º Dentre as vinte e oito entidades mais votadas, as quatorze primeiras serão eleitas como titulares, das quais as quatorze restantes serão as suplentes.”

11.2.2. Vale o decreto?





R: Já era!

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

Tais regras contrariam norma constitucional expressa, que exige a participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude (CF, art. 204, II, c/c o art. 227, § 7º) (1). Vale, ainda, esclarecer que a Lei 8.242/1991 assegura a **paridade na representação do Poder Público e da sociedade civil no Conanda, bem assim entrega ao próprio Conselho a atribuição de dispor sobre seu funcionamento**, nela incluídos os critérios de escolha de seu presidente e a seleção dos representantes das entidades da sociedade civil.

De fato, as alterações sugerem que, diante da impossibilidade, constitucional e legal, de rejeitar ou reduzir a participação das mencionadas entidades, foi editado o Decreto 10.003/2019, que, na prática, esvazia e inviabiliza essa atuação. Elas acabam por conferir ao Poder Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda, a neutralizar o órgão como instância crítica de controle.

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

DIREITO INTERNACIONAL

12. Expulsão de estrangeiro com filho brasileiro

HABEAS CORPUS

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

RHC 123891 AgR/DF, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgamento finalizado em 23.2.2021 (Info 1007).





12.1. Análise ESTRATÉGICA.

12.1.1. Questão JURÍDICA.

(1) Lei 13.445/2017: “Art. 55. Não se procederá à expulsão quando: (...) II - o expulsando: a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;”

12.1.2. Pode expulsar estrangeiro com filho brasileiro?

R: Pode NÃO!

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

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

Nesse sentido, o art. 55, II, a, da Lei 13.445/2017 (1) expressamente prevê que “Não se procederá à expulsão quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela”. Evidencia-se, portanto, que o próprio legislador infraconstitucional erigiu a socioafetividade à condição de causa impeditiva da expulsão.

12.1.3. Resultado final.

A Primeira Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em habeas corpus. Vencido, em parte, o ministro Roberto Barroso.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

13. Tribunal do júri e controle judicial de decisões absolutórias

HABEAS CORPUS





Em face da reforma introduzida no procedimento do Tribunal do Júri (Lei 11.689/2008), é incongruente o controle judicial, em sede recursal [Código de Processo Penal (CPP), art. 593, III, "d"] (1), das decisões absolutórias proferidas com fundamento no art. 483, III e § 2º, do CPP (2).

RHC 192431 e RHC 192432, 2ª Turma, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23.2.2021 (Info 1007)

13.1. Análise ESTRATÉGICA.

13.2. Situação FÁTICA.

João e José foram julgados pelo Tribunal do Júri da Comarca de Marília (SP), acusados do crime de tentativa de homicídio qualificado. João teria sido o mandante e José o executor de uma tentativa de feminicídio. Para vocês entenderem a situação, Maria estava tranquilamente passeando quando foi atropelada por um veículo. José, a mando de João, teria propositadamente atropelado Maria.

Pois não é que João e José foram absolvidos do crime com base em quesito genérico de absolvição, em sentido contrário às provas dos autos. Essas sentenças foram então anuladas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que determinou a realização de novo Júri.

13.2.1. Questão JURÍDICA.

(1) CPP: "Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (...) d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos."

(2) CPP: "Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (...) III - se o acusado deve ser absolvido; (...) § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?"

(3) HC 185.068/SP, relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma.

(4) CF: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) b) o sigilo das votações;"





13.2.2. Cabe novo júri no caso?

R: Não.

Em razão da superveniência da Lei 11.689/2008, que alterou o CPP no ponto em que incluiu no questionário do procedimento do Tribunal do Júri o quesito genérico de absolvição, “os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica, seja, ainda, a razões fundadas em juízo de equidade ou de clemência” (3).

Nesse contexto, o **controle judicial em sede recursal NÃO é possível**, “quer pelo fato de que os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença para absolver o réu (CPP, art. 483, III) permanecem desconhecidos (em razão da cláusula constitucional do sigilo das votações prevista no art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição Federal (CF)) (4), quer pelo fato de que a motivação adotada pelos jurados pode extrapolar os próprios limites da razão jurídica” (3).

13.2.3. Resultado final.

A Segunda Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental. Vencidos os ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia.

MENOR RELEVÂNCIA

14. Telecomunicações: manutenção de cadastro especial de assinantes e competência legislativa concorrente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

ADI 5962/DF, relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 25.2.2021 (Info 1007)





ATÉ A PRÓXIMA

Informativos Estratégicos

Informativos STF

Semanalmente às Quartas-Feiras

Informativos STJ

Quinzenalmente às Terças-Feiras



Prof. Jean Vilbert

ESTRATEGIACONCURSOS.COM.BR

