

INFORMATIVO STF - 905

04 a 08 de junho de 2018

PLENÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

ADI: ITCMD e Procuradoria Geral do Estado

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é meio processual inadequado para o controle de decreto regulamentar de lei estadual.

As disposições legais sobre a forma de cobrança do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) pela Procuradoria Geral do Estado e de sua intervenção em processos de inventário, arrolamento e outros de interesse da Fazenda Pública são regras de procedimento que não violam o Código de Processo Civil (CPC).

Com base nesses entendimentos, o Plenário, em conclusão de julgamento, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da alínea “b”(1) do inciso I do art. 23 do Decreto 46.655/2002 do Estado de São Paulo. Além disso, por maioria, julgou improcedente pedido formulado contra os §§ 1º e 3º(2) do art. 10 e o art. 28(3) da Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo.

Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes (relator).

De início, firmou a prejudicialidade da apontada ausência de procuração com poderes específicos para ajuizamento de ADI contra os referidos dispositivos. A exigência constitui vício sanável e houve a regularização da representação processual. Ademais, os legitimados listados na Constituição Federal detêm capacidade postulatória.

Consignou a inadequação da ação direta para apreciar dispositivo de decreto regulamentar. O Decreto 46.655/2002 interpreta a lei, não é autônomo.

Quanto aos preceitos da Lei 10.705/2000, considerou as normas eminentemente procedimentais, autorizadas pelo art. 24 da CF, que prevê a competência concorrente da União e dos Estados. A possibilidade de a Procuradoria-Geral do Estado intervir e ser ouvida nos inventários, arrolamentos e outros feitos em nada atrapalha o processo.

Pela legislação federal, a Fazenda Pública não fica adstrita ao valor declarado no processo dos bens do espólio. Será sempre notificada e irá instaurar procedimento administrativo para verificar se aqueles valores estão corretos ou não.

A lei estadual dispõe que será instaurado o respectivo procedimento administrativo — como estabelece o CPC — se a Fazenda não concordar com o montante declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio. Ponderou que, concordando com o valor, encerra-se “ab initio” qualquer procedimento administrativo.

Reputou constitucionais os §§ 1º e 3º do art. 10 por não afrontarem divisão de competência e terem finalidade de facilitação para o contribuinte, com vistas à celeridade da prestação jurisdicional. Acrescentou estarem inseridos também na competência concorrente em

matéria tributária.

Por fim, salientou ser o art. 28 norma de organização administrativa. A esse respeito, rememorou precedente desta Corte segundo o qual os Estados possuem competência legislativa para organização administrativa, a fim de estabelecer aqueles que podem atuar dentro dos seus órgãos (ADI 1916/MS).

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que julgaram parcialmente procedente o pleito para assentar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados. Entenderam que o Estado inovou em matéria processual.

(1) Decreto 46.655/2002 do Estado de São Paulo: “Art. 23. Se o Fisco não concordar com os valores declarados, no mesmo prazo do artigo anterior, serão adotados os seguintes procedimentos: I - na hipótese de arrolamento: (...) b) o Procurador do Estado, mediante petição, discordará expressamente da expedição de alvará, formal de partilha ou carta de adjudicação, enquanto o débito não for liquidado;”

(2) Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo: “Art. 10. O valor do bem ou direito na transmissão "causa mortis" e o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz. § 1º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial. (...) § 3º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis.”

(3) Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo: “Art. 28. Compete à Procuradoria Geral do Estado intervir e ser ouvida nos inventários, arrolamentos e outros feitos processados neste Estado, no interesse da arrecadação do imposto de que trata esta lei.”

DIREITO TRIBUTÁRIO - TAXAS

Taxa de Fiscalização de Estabelecimentos e base de cálculo

O Plenário iniciou julgamento de embargos de divergência em que se discute a legitimidade da base de cálculo da Taxa de Fiscalização de Estabelecimentos (TFE) instituída pela Lei 13.477/2002 do Município de São Paulo.

O ministro Dias Toffoli (relator) deu provimento aos embargos de divergência para cassar o acórdão embargado e prover o recurso extraordinário interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a fim de restabelecer a sentença.

O relator afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reiteradamente decidido que o princípio da capacidade contributiva se aplica às taxas, e que seu valor, por força da aplicação do princípio da justiça comutativa, deve guardar razoável proporção com os custos da atuação estatal subjacente. Assim, os princípios da capacidade contributiva e da justiça comutativa devem ser ponderados na fixação do valor das exações dessa espécie. A TFE tem por fato gerador o desenvolvimento, no âmbito do poder de polícia, de atividades de controle, vigilância ou fiscalização do cumprimento da legislação municipal disciplinadora do uso e da ocupação do solo urbano, da higiene, da saúde, da segurança, dos transportes, da ordem ou da tranquilidade públicos relativamente aos estabelecimentos situados na municipalidade, bem como de atividades permanentes de vigilância sanitária. O exercício do poder de polícia subjacente à taxa tem forte relação com a área do estabelecimento fiscalizado.

Todavia, a Lei 13.477/2002 determinou que todo estabelecimento em que se exerça a atividade de correio está sujeito a um único valor a título de taxa de fiscalização, localização e funcionamento, a ser cobrado anualmente.

O diploma municipal não fez qualquer distinção quanto ao tamanho dos estabelecimentos da ECT. Por essa razão, o relator asseverou que houve desvinculação do princípio da justiça comutativa.

Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos.

ADI e sigilo do voto

O Plenário, por maioria, deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender, com eficácia “ex tunc”, o art. 59-A (1) da Lei 9.504/1997, incluído pela Lei 13.165/2015 (Lei da Minirreforma Eleitoral), o qual determina que, na votação eletrônica, o registro de cada voto deverá ser impresso e depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes no sentido de que o dispositivo impugnado, em princípio, viola o art. 14(2) e o § 4º do art. 60(3) da Constituição Federal (CF), os quais garantem o voto livre e secreto. Ele foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia (presidente).

O ministro Alexandre considerou que o art. 59-A e o seu parágrafo único permitem a identificação de quem votou, ou seja, a quebra do sigilo, e, conseqüentemente, a diminuição da liberdade do voto.

Cabe ao legislador fazer a opção pelo voto impresso, eletrônico ou híbrido, visto que a CF nada dispõe a esse respeito, observadas, entretanto, as características do voto nela previstas.

Ressaltou o sucesso da adoção das urnas eletrônicas no Brasil e a ausência de indícios de fraude generalizada ou de mal funcionamento do sistema a justificar a implantação do voto impresso.

O modelo híbrido trazido pelo dispositivo impugnado constitui efetivo retrocesso aos avanços democráticos conquistados pelo Brasil para garantir eleições realmente livres, em que as pessoas possam escolher os candidatos que preferirem.

Vencidos, em parte, os ministros Gilmar Mendes (relator) e Dias Toffoli, que concederam a liminar, em parte, para que a implementação da regra fosse realizada paulatinamente, de acordo com as possibilidades financeiras e técnicas da Justiça Eleitoral.

O relator concluiu que a implantação do modelo impresso de registro do voto deveria ocorrer de forma gradual, haja vista não ser possível promover uma mudança tão abrupta no processo eleitoral além de colocar em risco a segurança das eleições com gastos de recursos de forma irresponsável.

(1) Lei 9.504/1997: “Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado. Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.”

(2) CF: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante (...).”

(3) CF: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;”

DIREITO PROCESSUAL PENAL – CONDUÇÃO COERCITIVA

Condução coercitiva para interrogatório e recepção pela Constituição Federal de 1988

O Plenário iniciou julgamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental em que se discute a legitimidade de decisões judiciais que determinam a condução coercitiva de investigados ou réus para serem interrogados em procedimentos criminais, na forma do art. 260(1) do Código de Processo Penal (CPP).

O ministro Gilmar Mendes (relator) julgou procedentes os pedidos formulados nas arguições para declarar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e a incompatibilidade com a Constituição Federal (CF) da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da

responsabilidade civil do Estado.

De início, o relator esclareceu que a hipótese de condução coercitiva objeto das arguições em comento restringe-se, tão somente, àquela destinada à condução de investigados e réus à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados. Assim, não será analisada a condução de outras pessoas como testemunhas, ou mesmo de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento.

Fixado o objeto da controvérsia, afirmou que a condução coercitiva no curso da ação penal tornou-se obsoleta. Isso porque, a partir da Constituição Federal de 1988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado (direito ao silêncio). A condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado [CPP, art. 367(2)].

Entretanto, o art. 260 do CPP — conjugado ao poder do juiz de decretar medidas cautelares pessoais — vem sendo utilizado para fundamentar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, especialmente durante a investigação policial, no bojo de engenhosa construção que passou a fazer parte do procedimento padrão das investigações policiais dos últimos anos. Nessa medida, as conduções coercitivas tornaram-se um novo capítulo na espetacularização da investigação, inserida num contexto de violação a direitos fundamentais por meio da exposição de pessoas que gozam da presunção de inocência como se culpados fossem.

Quanto à presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas.

A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório. A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não é tratamento que normalmente possa ser aplicado a pessoas inocentes. Assim, o conduzido é claramente tratado como culpado.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), prevista entre os princípios fundamentais do estado democrático de direito, orienta seus efeitos a todo o sistema normativo, constituindo, inclusive, princípio de aplicação subsidiária às garantias constitucionais atinentes aos processos judiciais.

No contexto da condução coercitiva para interrogatório, faz-se evidente que o investigado ou réu é conduzido eminentemente para demonstrar sua submissão à força. Não há finalidade instrutória clara, na medida em que o arguido não é obrigado a declarar, ou mesmo a se fazer presente ao interrogatório. Desse modo, a condução coercitiva desrespeita a dignidade da pessoa humana.

Igualmente, a liberdade de locomoção é vulnerada pela condução coercitiva para interrogatório.

A Constituição Federal consagra o direito à liberdade de locomoção, de forma genérica, ao enunciá-lo no “caput” do art. 5º. Tal direito pode ser restringido apenas se observado o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e obedecido o regramento estrito sobre a prisão (CF, art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII). A Constituição também enfatiza a liberdade de locomoção ao consagrar a ação especial de “habeas corpus” como remédio contra restrições e ameaças ilegais (CF, art. 5º, LXVIII).

A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. O investigado ou réu é capturado e levado sob custódia ao local da inquirição. Portanto, há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por um período determinado e limitado no tempo.

Ademais, a expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, tampouco foi recepcionada pela Constituição Federal, na medida em que representa uma restrição desproporcional da liberdade, visto que busca uma finalidade não adequada ao sistema processual em vigor.

Além disso, mesmo para quem considere a condução coercitiva para interrogatório possível, há que se exigir a rigorosa observância da integralidade do art. 260 do CPP, ou seja, intimação prévia para comparecimento não atendida.

Por fim, o relator registrou que a declaração de não recepção da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório não tem o condão de desconstituir

interrogatórios realizados até a data do julgamento em questão, mesmo que o interrogado tenha sido coercitivamente conduzido para o ato. Há que se reconhecer a inadequação do tratamento dado ao imputado, não do interrogatório em si. Argumentos internos ao processo, como a violação ao direito ao silêncio, devem ser refutados.

Assim, não há necessidade de debater qualquer relação da decisão eventualmente tomada pelo STF com os casos pretéritos, inexistindo espaço para a modulação dos seus efeitos. Em seguida, o julgamento foi suspenso.

(1) CPP: “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”

(2) CPP: “Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.”

REPERCUSSÃO GERAL

DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES

Instituições financeiras: Lei 7.787/1989 e contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários – 2

É constitucional a contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) sobre a folha de salários instituída para as instituições financeiras e assemelhadas pelo art. 3º, § 2º (1), da Lei 7.787/1989, ainda que considerado o período anterior à Emenda Constitucional (EC) 20/1998.

Com esse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 470 da repercussão geral, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário (Informativo 866).

No caso, a contribuição adicional foi estabelecida pelo art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/1989, antes da EC 20/1998, que autorizou a adoção de alíquotas diferenciadas de contribuições sociais.

O Colegiado afirmou que, com a Constituição Federal (CF) de 1988, o princípio da solidariedade assumiu papel de enorme relevo a justificar que os contribuintes sejam chamados para participar da manutenção do sistema, sem a exigência de vínculo com os demais segurados, ou direito a determinada retribuição ou qualquer espécie de benefício. Esclareceu que a seguridade social é financiada por toda a sociedade [CF, art. 195, “caput”(2)]. A participação dos distintos segmentos que a integram tem como parâmetro a capacidade contributiva de cada um deles, pois somente assim se afigura possível atingir a justiça social.

Ademais, as contribuições sociais têm como fundamento a solidariedade intergeracional. Tal característica une as gerações presentes e futuras quanto à obrigação de arcar com os custos de manutenção da seguridade pública, de modo a contemplar os beneficiários atuais e vindouros do sistema, sem contrapartida simétrica de todos os contribuintes em termos de benefícios.

O custeio da seguridade social baseia-se na diversidade de seu financiamento, assim como no princípio da equidade, sem qualquer ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Por essa razão, antes mesmo da Emenda Constitucional 20/1998, que introduziu o § 9º(3) no art. 195 do texto constitucional, já existia a possibilidade de o Estado exigir aportes diferenciados para a seguridade social, levando em consideração a maior ou menor capacidade de participação dos contribuintes na manutenção do sistema. Portanto, em momento anterior à promulgação da citada emenda, já se colocava em prática o conceito de diversidade da base de financiamento da seguridade pública, cujo fundamento é a ideia de equidade, com base no princípio da solidariedade.

A previsão de tributação diferenciada para segmentos econômicos determinados com destaque para as empresas que se utilizam de mão de obra intensiva, como no caso da Lei 7.789/1989, é compatível com a Constituição.

A Corte frisou que o princípio da capacidade contributiva, tal como previsto no art. 145, § 1º(4), da CF aplica-se a todas as exações fiscais, e não exclusivamente aos impostos. Ressaltou ser possível concluir que a contribuição social previdenciária incidente sobre a folha de salários, na forma do § 2º do art. 3º da Lei 7.787/1989, atende ao disposto nos arts. 145, § 1º, e 194, parágrafo único, V(5), da Constituição. Afinal, leva em conta a capacidade econômico-financeira dos contribuintes a quem se dirige, concretizando o mandamento constitucional de equidade na forma de participação no custeio. Consignou que, quando uma emenda à Constituição se limita a explicitar algo, sem inovar no mundo jurídico, é descabida a discussão acerca da incidência de efeitos retroativos. Diante disso, também não cabe falar em “constitucionalização superveniente” do dispositivo legal atacado, já que ele não era inconstitucional antes da promulgação da EC 20/1998. Observou que não cabe ao Judiciário, salvo em situações excepcionais, julgar se o legislador agiu acertada ou equivocadamente ao optar por determinada solução normativa. Por fim, asseverou que não padece de vício de inconstitucionalidade a norma que instituiu adicional à contribuição social devida por empregadores de certos segmentos produtivos ou financeiros, pois é compatível com os princípios da solidariedade, equidade e capacidade contributiva, que constituem os principais esteios da seguridade social. Vencido o ministro Marco Aurélio, que deu provimento ao recurso, assentando a inconstitucionalidade da alíquota adicional, considerado o tratamento não linear conferido em momento anterior à EC 20/1998.

(1) Lei 7.787/1989: “Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será: (...) § 2º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas nos incisos I e II, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo referida no inciso I.”

(2) CF/1988: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.”

(3) CF/1988: “Art. 195. (...) § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra. (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 1998) ”

(4) CF/1988: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

(5) CF/1988: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) V - equidade na forma de participação no custeio;”

DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES

Instituições financeiras e majoração de alíquota da COFINS – 2

É constitucional a majoração diferenciada de alíquotas em relação às contribuições sociais incidentes sobre o faturamento ou a receita de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis.

Com esse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 515 da repercussão geral, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário (Informativo 866).

No caso, houve a majoração de 3% para 4% da alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) com base no art. 18(1) da Lei 10.684/2003. O Colegiado afirmou que, desde a edição da Emenda Constitucional (EC) 20/1998, o art. 195, § 9º (2), do texto constitucional autoriza, expressamente, em relação às contribuições sociais previstas no art. 195, I (3), da Constituição Federal (CF), a adoção de alíquotas ou de bases de cálculo diferenciadas em razão, entre outros critérios, da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.

A conformação do princípio da isonomia no texto constitucional, sobretudo na vertente tributária, busca autorizar a adoção de medidas discriminativas. O objetivo disso é privilegiar ou onerar determinadas categorias, incentivar ou desestimular determinados comportamentos, ou, ainda, incrementar o desenvolvimento de certas regiões do País. A Constituição cria mecanismos para a promoção da igualdade em sentido material, portanto. A imposição de alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica pode estar fundada nas funções fiscais ou extrafiscais da exação. Se fundada na função fiscal, a distinção deve corresponder à capacidade contributiva; se embasada na extrafiscal, deve respeitar a proporcionalidade, a razoabilidade bem como o postulado da vedação do excesso. Em todo caso, a norma de desequiparação e o seu critério de discrimen (a atividade econômica) devem respeitar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. O Tribunal consignou que o tratamento constante do art. 18 da Lei 10.684/2003 não viola o princípio da isonomia nem o da capacidade contributiva.

O próprio texto constitucional permite que o faturamento ou a receita sejam utilizados como fato signo presuntivo de riqueza. Ambas as expressões são aptas, portanto, para receber tributação.

Não invalida o dispositivo legal impugnado a existência de algum segmento econômico que, individualmente considerado, tenha maior capacidade contributiva em comparação com o setor financeiro. Embora o outro segmento também deva ter maior colaboração para o custeio da seguridade social, é imprescindível igualmente lembrar que a imposição de alíquotas diferenciadas (CF, art. 195, § 9º) deve ser sopesada não apenas com a função fiscal da exação, mas também com suas finalidades extrafiscais constitucionalmente amparadas. Nesse sentido, é possível que o legislador deixe de exigir essa maior colaboração por visar, ponderadamente, a outros preceitos constitucionais, como, por exemplo, a equalização das desigualdades sociais.

Além disso, o Poder Judiciário não pode, a pretexto de conceder tratamento em conformidade com o princípio da capacidade contributiva, excluir determinada pessoa jurídica, por razões meramente individuais, do âmbito de aplicação da alíquota majorada da COFINS prevista no dispositivo impugnado, sob pena de conceder privilégio odioso.

Por fim, assinalou que, tomando por base a função fiscal da COFINS, é proporcional e razoável que os contribuintes que exercem atividade econômica reveladora de grande capacidade contributiva contribuam mais para o custeio da seguridade social.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que deu provimento ao recurso, assentando a inconstitucionalidade da majoração da alíquota ante o tratamento não linear das entidades descritas no dispositivo legal.

(1) Lei 10.684/2003: “Art. 18. Fica elevada para quatro por cento a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS devida pelas pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º e 8º do art. 3º da Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998.”

(2) CF/1988: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da

utilização intensiva de mão-de-obra. (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 1998)” (3) CF/1988: “Art. 195. (...) I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; (Alíneas incluídas pela Emenda Constitucional 20, de 1998).”

DIREITO TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO

PIS e alteração da base de cálculo para instituição financeira – 2

São constitucionais a alíquota e a base de cálculo da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), previstas no art. 72, V (2), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), destinada à composição do Fundo Social de Emergência (FSE), nas redações da Emenda Constitucional Revisional (ECR) 1/1994 e das Emendas Constitucionais (ECs) 10/1996 e 17/1997, observados os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade tributária.

Com base nessa orientação, o Supremo Tribunal Federal (STF), em conclusão de julgamento e por maioria, ao apreciar o Tema 665 da repercussão geral em conjunto com outro processo, negou provimento a recursos extraordinários em que se discutiu: (a) a constitucionalidade das modificações efetuadas na base de cálculo e na alíquota da contribuição ao PIS, destinada à composição do FSE e devida pelos contribuintes a que se refere o § 1º do art. 22 (1) da Lei 8.212/1991 (instituições financeiras e equiparadas), no período de vigência do art. 72, V (2), do ADCT; e (b) a possibilidade de se afastar a referida contribuição nos períodos entre a publicação das emendas e o nonagésimo dia de sua publicação, bem como de sua aplicação retroativa. (Informativo 866).

De início, o Plenário reafirmou jurisprudência no sentido da aplicabilidade do princípio da anterioridade nonagesimal à modificação, ainda que por emenda constitucional, de alíquota de contribuição (RE 587.008/SP). A solução de continuidade entre a vigência de determinada emenda constitucional e a entrada em vigor de nova emenda que majore ou reinstitua o tributo impede que se considere haver mera prorrogação do quanto estabelecido no texto primitivo.

Originariamente, a ECR 1/1994 previu a cobrança do PIS, devido pelas instituições financeiras e equiparadas, com vigência restrita nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, calculada mediante a aplicação da alíquota diferenciada de 0,75% sobre a receita bruta operacional.

Com a EC 10/1996 (de 4.3.1996), a cobrança da exação foi novamente instituída, mas com aplicação entre 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997, mantida a alíquota, a qual passou a ser alterada por lei ordinária.

Posteriormente, a EC 17/1997 (de 22.11.1997) reinstituíu a contribuição, com incidência entre 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, preservadas as demais características da norma anterior.

Para a Corte, as ECs 10/1996 e 17/1997 violaram os princípios da irretroatividade e da anterioridade nonagesimal. Não se trata de meras prorrogações de emendas anteriores, uma vez que houve a efetiva inovação do ordenamento jurídico nas reinstituições da contribuição ao PIS prevista no inciso V do art. 72 do ADCT, inclusive com aplicação retroativa.

Desse modo, o tributo não pode ser cobrado em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência de cada uma dessas emendas, respectivamente, nem antes de decorridos noventa dias de suas publicações.

Em seguida, foi analisada a alegação de inconstitucionalidade da MP 517/1994 (e suas reedições), convertida na Lei 9.701/1998, por suposta violação ao art. 73 do ADCT (3), segundo o qual o Fundo Social de Emergência não pode ser regulado por medida provisória [CF, art. 59, V (4)].

Para o colegiado, o ato impugnado não regulou o fundo, nem modificou o conceito de receita bruta operacional mencionado no art. 72, V, do ADCT. Ao contrário, apenas dispôs

sobre deduções e exclusões da base de cálculo da contribuição ao PIS, sem introduzir um novo conceito de receita.

Ademais, consignou ser válida a fixação de alíquota maior para as instituições financeiras e equiparadas, ausente violação ao princípio da isonomia. O STF já firmou entendimento de que não viola o princípio da isonomia o estabelecimento de alíquotas e de bases de cálculo diferenciadas para essas pessoas jurídicas, em período anterior ou posterior à introdução do § 9º (5) do art. 195 pela EC 20/98 (RE 235.036-5; e RE nº 598.572).

É válida a adoção de alíquota majorada para contribuintes que se encontrem em situações diversas, para fins de custeio da seguridade social. As pessoas jurídicas enquadradas no conceito de instituições financeiras auferem vultoso faturamento ou volumosa receita.

No mais, quanto à base de cálculo da contribuição, a ECR 1/1994 e suas sucessoras, no art. 72, V, do ADCT, cuidaram de estabelecer qual a base de cálculo da contribuição ao PIS — a receita bruta operacional conforme definida na legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR). Para a Corte, essa regulamentação infraconstitucional pode ser validamente implementada por medida provisória.

Por fim, consignou que, no que tange às instituições financeiras e congêneres, a base de cálculo do PIS abrange tanto (a) as receitas da intermediação financeira, tais como as decorrentes de operações de câmbio e com títulos e valores mobiliários; quanto (b) outras receitas operacionais, categoria em que se enquadram as receitas decorrentes da prestação de serviços e as advindas de tarifas bancárias.

Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento a um dos recursos extraordinários para declarar o direito do contribuinte de recolher a contribuição ao PIS nos termos da LC 7/1970, durante a vigência do artigo 72 do ADCT, com a redação dada pela EC 10/1996. Vencido também quanto à fixação de tese de repercussão geral em recurso extraordinário anterior ao regime.

(1) Lei 8.212/1991: “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...) § 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).”

(2) ADCT: “Art. 72, V – a parcela do produto da arrecadação da contribuição de que trata a Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, devida pelas pessoas jurídicas a que se refere o inciso III deste artigo, a qual será calculada, nos exercícios financeiros de 1994 a 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e de 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, mediante a aplicação da alíquota de setenta e cinco centésimos por cento, sujeita a alteração por lei ordinária posterior, sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 17, de 1997).”

(3) ADCT: “Art. 73. Na regulação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizado o instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição.”

(4) CF: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V - medidas provisórias.”

(5) CF: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).”

Magistratura: aposentadoria e averbação de tempo de exercício da advocacia - 2

A Primeira Turma retomou julgamento de mandado de segurança impetrado em face de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que indeferiu o registro de aposentadoria concedida em 2014. Magistrada do trabalho desde 1993, a impetrante pretende a averbação do período em que exerceu advocacia (12 anos), para fins de obtenção de aposentadoria voluntária integral (Informativo 874).

Em voto-vista, o ministro Roberto Barroso divergiu do ministro Marco Aurélio (relator) e denegou a ordem, no que foi acompanhado pelo ministro Luiz Fux. Considerou aplicável, à espécie, o Enunciado 359(1) da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF). Além disso, ressaltou que o ato de concessão de aposentadoria somente se aperfeiçoa mediante prévia análise do TCU. Por conseguinte, o Enunciado 3(2) da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal dispensa o exercício do contraditório e da ampla defesa antes da apreciação da legalidade do ato de concessão inicial da aposentadoria.

Salientou que o art. 202(3), §2º, da redação originária da Constituição Federal (CF) já previa a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada e que a EC 20/1998 apenas realocou esse dispositivo no art. 201(4), §9º, CF, sem inovação. Por fim, o art. 77(5) da Loman não se aplica ao caso, uma vez que a impetrante é magistrada de carreira e o artigo em questão refere-se apenas aos ministros do STF e aos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para lugares reservados a advogados.

O ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator e concedeu a ordem. Sublinhou que o art. 77 da Loman deve ser aplicado a todos os magistrados. Ademais, até a Emenda Constitucional 20 não era exigida a comprovação do tempo de contribuição, mas apenas do tempo de serviço.

Em seguida, o julgamento foi suspenso a fim de se aguardar voto de desempate de Ministro da Segunda Turma.

(1) Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Enunciado 359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”

(2) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “Enunciado 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

(3) CF/1998: “Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: (...) § 2º - Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

(4) CF/1998: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

(5) LOMAN: “Art. 77 - computar-se-á, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos, em favor dos Ministros do

Supremo Tribunal Federal e dos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para os lugares reservados a advogados, nos termos da Constituição federal.”

CONSTITUCIONAL – RECLAMAÇÃO

Cabimento de reclamação: censura e liberdade de expressão

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental para julgar procedente reclamação ajuizada com fundamento em afronta à autoridade do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/DF.

A decisão reclamada determinou, cautelarmente, a retirada de matéria de “blog” jornalístico, bem como a proibição de novas publicações, por haver considerado a notícia ofensiva à honra de delegado da polícia federal.

Quanto ao cabimento, o colegiado entendeu que a ADPF 130/DF pode ser utilizada como parâmetro para ajuizamento de reclamação que verse sobre conflito entre a liberdade de expressão e de informação e a tutela das garantias individuais relativas aos direitos de personalidade.

No julgamento da citada ADPF, o STF considerou que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) não foi recepcionada por incompatibilidade com a Constituição Federal (CF).

Posteriormente, passou a entender que a transcendência dos motivos determinantes daquela decisão se projeta, de modo a flexibilizar o critério da aderência estrita para fins de cabimento do remédio constitucional nessas situações.

No mérito, entendeu que a determinação de retirada de matéria jornalística afronta a liberdade de expressão e de informação, além de constituir censura prévia. Essas liberdades ostentam preferência em relação ao direito à intimidade, ainda que a matéria tenha sido redigida em tom crítico.

O Supremo assumiu, mediante reclamação, papel relevante em favor da liberdade de expressão, para derrotar uma cultura censória e autoritária que começava a se projetar no Judiciário.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator) e Marco Aurélio, que negaram provimento ao agravo. Entenderam que não houve cerceamento prévio da liberdade de expressão, ausente estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma da citada ADPF, de modo que o seu conhecimento representaria hipótese de supressão de instância.

SEGUNDA TURMA

DIREITO PENAL – LEGITIMIDADE ATIVA

Legitimidade ativa do Ministério Público e crime de estupro sem lesão corporal

Trata-se de recurso ordinário em “habeas corpus”, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que se discute a nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público (MP) para propor ação penal nos casos de crime de estupro sem lesão corporal [art. 213(1), Código Penal].

A defesa alegou que, de acordo com o Enunciado 608(2) da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a violência real praticada no crime de estupro estaria vinculada à existência de lesão corporal, a qual não ficou comprovada no exame de corpo de delito. O MP não teria, assim, legitimidade para ajuizar a ação penal, pois, nos crimes contra a liberdade sexual sem violência real, a ação penal pública está condicionada à representação. O processo seria, portanto, nulo desde o início.

Com base nas especificidades do caso, a Segunda Turma negou provimento ao recurso.

(1) CP: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

(2) Súmula do STF: “Enunciado 608: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”