

Informativo comentado: Informativo 1119-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

- É *inconstitucional* lei municipal que obriga o shopping center a ter ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado com médico e ambulância para atendimento de emergência.

PODER JUDICIÁRIO

- A criação e organização da Justiça Militar no Estado exigem previsão em lei.

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSO PÚBLICO

- É *inconstitucional* proibir a posse de candidato aprovado que teve uma doença grave, mas que atualmente não apresenta sintomas incapacitantes nem restrições para o trabalho.

SERVIDORES PÚBLICOS

- Os antigos assistentes jurídicos da União possuem direito à transposição ao cargo de Assistente Jurídico do quadro da AGU (posteriormente transformado em Advogado da União), mesmo que tenham se aposentado antes da Lei 9.028/95; isso por força do princípio da paridade.

DIREITO DO CONSUMIDOR

TEMAS DIVERSOS

- Nas hipóteses de danos morais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional de passageiros, o CDC prevalece sobre as Convenções de Varsóvia e Montreal.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- Abrangência da inviolabilidade do sigilo das correspondências.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- É *constitucional* o art. 3º da LC 190/22, que afirma que a cobrança do Difal deveria respeitar a anterioridade nonagesimal; não havia exigência constitucional de se estipular o prazo já que a LC 190/22 não criou nem aumentou tributo, no entanto, o legislador tinha podia fixá-lo.

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

É *inconstitucional* lei municipal que obriga o shopping center a ter ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado com médico e ambulância para atendimento de emergência

É formal e materialmente inconstitucional lei municipal que impõe a instalação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro, para prestação de atendimento de emergência, bem como a contratação de profissional médico, nos shopping centers existentes na área do município.

Essa previsão é formalmente inconstitucional porque viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho e direito comercial (art. 22, I, CF/88).

Além disso, a lei é materialmente inconstitucional porque afronta os princípios da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, CF/88), da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tese fixada pelo STF: É inconstitucional lei municipal que estabelece a obrigatoriedade da implantação, nos *shopping centers*, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência.

STF. Plenário. RE 833.291/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4/12/2023 (Repercussão Geral – Tema 1051) (Info 1119).

O caso concreto foi o seguinte:

No Município de São Paulo, a Lei nº 10.947/91, regulamentada pelo Decreto nº 29.728/91, obrigou que os shopping centers da cidade tivessem ambulatório ou serviço de pronto-socorro em suas instalações, com a presença de médico e ambulância:

Lei Municipal 10.947/91

Art. 1º Torna-se obrigatória, nos Shopping-centers existentes na área do Município a implantação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência, com pelo menos um médico e uma ambulância. (Redação dada pela Lei nº 11.649/1994)

Art. 2º No caso de novas construções de “shopping-centers”, não será concedido o Auto de Conclusão e o consequente alvará de funcionamento, quando a edificação não comportar área exclusivamente destinada à instalação dos serviços médicos de urgência exigidos nesta Lei.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

ADI

A Associação Brasileira de *Shopping Centers* (ABRASCE) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), questionando essa previsão.

O TJ/SP julgou improcedente a ADI e decidiu que a legislação impugnada seria constitucional.

Inconformada, a ABRASCE interpôs recurso extraordinário insistindo que a Lei e o Decreto seriam inconstitucionais.

O STF deu provimento ao recurso da ABRASCE? A Lei e o Decreto impugnados são inconstitucionais?
SIM.

É formal e materialmente inconstitucional lei municipal que impõe a instalação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro, para prestação de atendimento de emergência, bem como a contratação de profissional médico, nos *shopping centers* existentes na área do município.

Essa previsão é formalmente inconstitucional porque viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho e direito comercial (art. 22, I, CF/88).

Além disso, a lei é materialmente inconstitucional porque afronta os princípios da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, CF/88), da razoabilidade e da proporcionalidade.

STF. Plenário. RE 833291/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4/12/2023 (Repercussão Geral – Tema 1051) (Info 1119).

Inconstitucionalidade formal

Os Municípios, no exercício da competência suplementar, podem legislar sobre proteção e defesa da saúde, nos termos do art. 24, inciso XII, c/c o art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Em relação à saúde, a Constituição Federal estabelece, no inciso II do art. 23, a competência administrativa comum entre União, estados, Distrito Federal e municípios para cuidar da saúde e da assistência pública:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

No caso concreto, contudo, as normas municipais impugnadas não se limitaram a tratar sobre proteção a saúde. A Lei municipal, ao obrigar os *shopping centers* a manterem serviço de atendimento de emergência com a exigência de contratação de profissional médico, adentrou na seara do Direito do Trabalho e do Direito Comercial, matérias que são de competência privativa da União:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(...)

No mesmo sentido, o STF já decidiu que determinada lei municipal, ao ter exigido de supermercados a contratação de funcionário para prestação de serviço de acondicionamento ou embalagem de compras, invadiu a competência da União para legislar sobre direito do trabalho e comercial:

São inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170 da CF/88).

STF. Plenário. ADI 907/RJ, Rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 1º/8/2017 (Info 871).

STF. Plenário. RE 839950/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/10/2018 (repercussão geral) (Info 921).

A mesma lógica se aplica, *mutatis mutandis*, no presente caso.

Inconstitucionalidade material

Além do vício formal, a lei é materialmente inconstitucional porque afronta os princípios da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, CF/88), da razoabilidade e da proporcionalidade.

A livre iniciativa é um fundamento da República (art. 1º, inciso IV, da CF/88) e da ordem econômica (art. 170, caput, da CF/88):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

A livre iniciativa é corolário da autonomia individual, sendo manifestada na liberdade negocial e na liberdade contratual. Vale ressaltar que a livre iniciativa não é absoluta, devendo se harmonizar com os outros interesses constitucionalmente protegidos. Há, portanto, situações nas quais será legítima a intervenção do Estado no domínio econômico, de modo a salvaguardar outros princípios constitucionais tão relevantes quanto o da livre iniciativa e que devem orientar o comportamento dos agentes estatais e privados em suas atividades, a exemplo da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da função social da propriedade.

No caso dos autos, porém, essa intervenção não foi legítima. O legislador municipal invadiu indevidamente o espaço da livre iniciativa.

Não se desconsidera que os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à assistência à saúde têm estatura constitucional e podem ensejar uma intervenção do Poder Público caso o comportamento da iniciativa privada importe em obstrução a seu exercício.

Entretanto, as exigências contidas nas normas impugnadas afrontam, de forma desproporcional, a liberdade econômica, com demasiado ônus aos empresários do ramo, o que consiste em inadequada e impertinente intervenção estatal.

Ainda que a necessidade da intervenção estatal no âmbito econômico se oriente na direção de valores sociais, tal atuação não pode ser desproporcional.

As obrigações impostas pela legislação impugnada transbordaram os limites de intervenção estatal na atividade econômica desenvolvida pelos shopping centers, seja pela ausência de correlação com a prestação de serviços oferecida, seja pela imposição de altos custos na implantação e na manutenção do espaço, incluindo gastos com contratação, afora o custo de oportunidade de utilização do espaço.

Tese fixada pelo STF:

É inconstitucional lei municipal que estabelece a obrigação da implantação, nos *shopping centers*, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência.

STF. Plenário. RE 833291/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4/12/2023 (Repercussão Geral – Tema 1051) (Info 1119).

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, ao apreciar o Tema 1.051 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade das Leis nº 10.947/1991 e nº 11.649/1994, ambas do Município de São Paulo, bem como, por arrastamento, do Decreto Municipal nº 29.728/1991.

PODER JUDICIÁRIO

A criação e organização da Justiça Militar no Estado exigem previsão em lei

Não conflita com a Constituição Federal previsão de Constituição estadual, de natureza declaratória, que reconhece a existência de Tribunal Militar estadual anteriormente instituído por lei.

O art. 125, § 3º, da CF/88 é norma de reprodução obrigatória, cabendo à lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, criar e, consequentemente, organizar a Justiça Militar estadual e o Tribunal de Justiça Militar.

STF. Plenário. ADI 4.360/RS, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 4/12/2023 (Info 1119).

O caso concreto foi o seguinte:

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul tratou sobre o Tribunal Militar do Estado. Confira os principais dispositivos:

Art. 91. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

(...)

II – o Tribunal Militar do Estado;

(...)

V – os Conselhos de Justiça Militar;

(...)

Art. 95. Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete:

(...)

V - propor à Assembleia Legislativa, observados os parâmetros constitucionais e legais, bem como as diretrizes orçamentárias:

a) a alteração do número de seus membros e do Tribunal Militar;

(...)

VII - elaborar e encaminhar, depois de ouvir o Tribunal Militar do Estado, as propostas orçamentárias do Poder Judiciário, dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes, na lei de diretrizes orçamentárias.

(...)

Art. 104. A Justiça Militar, organizada com observância dos preceitos da Constituição Federal, terá como órgãos de primeiro grau os Conselhos de Justiça e como órgão de segundo grau o Tribunal Militar do Estado.

(...)

§ 2º A escolha dos Juízes militares será feita dentre coronéis da ativa, pertencentes ao Quadro de Oficiais da Polícia Militar, da Brigada Militar.

(...)

§ 4º A estrutura dos órgãos da Justiça Militar, as atribuições de seus membros e a carreira de Juiz-Auditor serão estabelecidas na Lei de Organização Judiciária, de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 5º Os Juízes do Tribunal Militar do Estado terão vencimento, vantagens, direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos iguais aos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

Art. 105. Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os servidores militares estaduais nos crimes militares definidos em lei.

Art. 106. Compete ao Tribunal Militar do Estado, além das matérias definidas nesta Constituição, julgar os recursos dos Conselhos de Justiça Militar e ainda:

I – prover, na forma da lei, por ato do Presidente, os cargos de Juiz-Auditor e os dois servidores vinculados à Justiça Militar;

II – decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, na forma da lei;

III – exercer outras atribuições definidas em lei.

(...)

Art. 112. As funções do Ministério Público junto ao Tribunal Militar serão exercidas por membros do Ministério Pùblico Estadual, nos termos de sua lei complementar.

ADI

O Procurador-Geral da República ingressou com ADI contra esses dispositivos.

Defendeu que seriam formalmente inconstitucionais por ofensa ao disposto no § 3º do art. 125 da Constituição Federal, o qual prevê que é de iniciativa do Tribunal de Justiça a criação da Justiça Militar, por meio de lei ordinária estadual:

Art. 125 (...)

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

O que decidiu o STF?

O STF julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar:

- 1) a constitucionalidade do art. 95, V, "a", do art. 105 e do art. 112, da CE/RS;
- 2) a constitucionalidade do art. 91, II e V, e do art. 104, caput, desde que haja a sua interpretação conforme à Constituição Federal, aditando-lhes a expressão "instituído(s) por lei"; e
- 3) a inconstitucionalidade do art. 95, VII, do art. 104, §§ 2º, 4º e 5º, e do art. 106.

Vamos entender com calma.

Tribunal Militar do Rio Grande do Sul

O Tribunal Militar do Rio Grande do Sul não foi criado pela Constituição Estadual de 1989.

Historicamente, no Rio Grande do Sul, a Justiça Militar surgiu antes da Justiça Comum, sendo o primeiro Tribunal Militar Estadual da República.

A Lei Federal nº 192/1936 exigiu que cada Estado organizasse sua própria Justiça Militar. No Rio Grande do Sul, o Conselho de Apelação existente foi transformado em Corte de Apelação pelo Decreto-lei Estadual nº 47/1940.

As Constituições Federais de 1946 e 1967 abordaram a justiça militar, mas foi a Emenda Constitucional nº 1/1969 que restringiu a Justiça Militar Estadual à primeira instância, exceto nos Estados que já possuíam instâncias superiores.

A manutenção da Justiça Militar no Rio Grande do Sul foi assegurada pela Lei Complementar Federal nº 35/1979, e pela Lei Estadual nº 6.156/1970. Além disso, a Lei nº 7.356/1980, reconheceu a Justiça Militar como parte do Poder Judiciário do Estado.

Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê os Tribunais Militares como órgãos do Poder Judiciário:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

(...)

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

Por seu turno, o art. 125, §3º autoriza a criação – por lei estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça local – da justiça militar estadual que, no segundo grau, pode ser constituída por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. Confira:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

A Constituição Federal não previu, expressamente, regra de transição nem a extinção da Justiça Militar estadual preexistente. Portanto, presume-se que ela recepcionou a norma que instituiu a Justiça Militar estadual, não havendo óbice para que o constituinte estadual originário mantenha abstratamente essa organização judiciária devidamente criada por lei. Foi isso que a CE/RS fez: não criou, mas sim reconheceu a existência de Tribunal Militar estadual anteriormente instituído por lei.

Assim, não conflita com a Constituição Federal previsão de Constituição estadual, de natureza declaratória, que reconhece a existência de Tribunal Militar estadual anteriormente instituído por lei. Essa constitucionalização, no entanto, não elimina a necessidade de seguir as novas regras constitucionais para a organização da Justiça Militar Estadual.

Logo, embora a Constituição possa manter o Tribunal de Justiça militar já existente, a natureza declaratória dessa previsão não afasta a prescrição da Constituição Federal quanto à espécie normativa e à reserva de iniciativa das disposições posteriores.

Há, afinal, uma explícita opção normativa da Constituição de 1988 – de observância obrigatória pelos Estados – de estabelecer que o juízo de conveniência e oportunidade, isto é, o juízo político sobre a criação dos Tribunais Militares deve iniciar no Judiciário.

Portanto, o art. 125, § 3º, da CF/88 é norma de reprodução obrigatória, cabendo à lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, criar e, consequentemente, organizar a Justiça Militar estadual e o Tribunal de Justiça Militar.

É do Poder Judiciário, portanto, o juízo político de conveniência e oportunidade para a criação de tribunais militares.

Ademais, embora se trate de norma topologicamente referente à Justiça Militar da União, deve-se considerar a norma contida no art. 122, II, da CF/88, igualmente de reprodução obrigatória, de modo que a existência ou não dos tribunais militares, ainda que previstos na Constituição estadual, depende também da instituição por lei de iniciativa do Tribunal de Justiça local, assim como, pelo paralelismo das formas, sua eventual extinção depende apenas da lei:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

(...)

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Em suma:

Não conflita com a Constituição Federal previsão de Constituição estadual, de natureza declaratória, que reconhece a existência de Tribunal Militar estadual anteriormente instituído por lei.

O art. 125, § 3º, da CF/88 é norma de reprodução obrigatória, cabendo à lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, criar e, consequentemente, organizar a Justiça Militar estadual e o Tribunal de Justiça Militar.

STF. Plenário. ADI 4360/RS, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 4/12/2023 (Info 1119).

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSO PÚBLICO

É inconstitucional proibir a posse de candidato aprovado que teve uma doença grave, mas que atualmente não apresenta sintomas incapacitantes nem restrições para o trabalho

Importante!!!

ODS 16

É inconstitucional a vedação à posse em cargo público de candidato(a) aprovado(a) que, embora tenha sido acometido(a) por doença grave, não apresenta sintoma incapacitante nem possui restrição relevante que impeça o exercício da função pretendida (arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, caput, 37, caput, I e II, CF/88).

STF. Plenário. RE 886.131/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 1015) (Info 1119).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina foi aprovada no concurso para o cargo de Oficial de Justiça.

Antes de tomar posse, Regina se submeteu aos exames admissionais na junta médica do Estado.

Durante os exames, a junta descobriu que Regina teve câncer de mama há 2 anos.

Diante disso, a junta médica considerou Regina inapta para o cargo. O argumento foi o de que, segundo o Manual de Perícias do órgão, o candidato aprovado somente pode ser considerado apto para tomar posse se tratou o câncer há mais de cinco anos.

Inconformada, Regina ingressou com ação judicial alegando que esteve, de fato, acometida dessa grave doença, mas que foi submetida a tratamento e que, atualmente, não apresenta nenhum sintoma ou restrição para o trabalho.

Essa discussão chegou até o STF. Regina tem direito de tomar posse no cargo público?

SIM.

É inconstitucional a vedação à posse em cargo público de candidato(a) que esteve acometido(a) de doença grave, mas que não apresenta sintomas atuais de restrição para o trabalho.

STF. Plenário. RE 886131/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 1015) (Info 1119).

Eventuais restrições de acesso a cargos públicos devem ser excepcionais e baseadas em justificação idônea calcada no princípio da legalidade e nas especificidades da função a ser exercida.

A exclusão de candidatos que não apresentam qualquer restrição para o trabalho viola os princípios do concurso público e da impessoalidade, diante da determinação constitucional de ampla acessibilidade aos cargos públicos e de avaliação com base em critérios objetivos, e o princípio da eficiência, porque reduz o espectro da seleção e faz a Administração perder talentos.

Ressalte-se que o risco futuro e incerto de recidiva, licenças de saúde e aposentadoria não pode impedir a fruição do direito ao trabalho, que é indispensável para propiciar a subsistência, a emancipação e o reconhecimento social.

Nesse contexto, a vedação à posse desrespeita também a dignidade humana, pois representa um atestado de incapacidade apto a minar a autoestima de qualquer um.

Ademais, no caso concreto, há discriminação não só em razão de saúde, mas também de gênero. Isso, porque o ato administrativo restringiu o acesso de mulheres a cargos públicos ao estabelecer período de

carência especificamente para carcinomas ginecológicos sem que houvesse previsão semelhante para doenças urológicas ou outras que acometam igualmente homens e mulheres.

Veja a tese fixada pelo STF:

É inconstitucional a vedação à posse em cargo público de candidato(a) aprovado(a) que, embora tenha sido acometido(a) por doença grave, não apresenta sintoma incapacitante nem possui restrição relevante que impeça o exercício da função pretendida (arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, 37, *caput*, I e II, CF/88).

STF. Plenário. RE 886131/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 1015) (Info 1119).

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, ao apreciar o Tema 1.015 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para condenar o Estado de Minas Gerais a nomear e dar posse à recorrente.

SERVIDORES PÚBLICOS

Os antigos assistentes jurídicos da União possuem direito à transposição ao cargo de Assistente Jurídico do quadro da AGU (posteriormente transformado em Advogado da União), mesmo que tenham se aposentado antes da Lei 9.028/95; isso por força do princípio da paridade

A cláusula de paridade entre ativos e inativos, prevista inicialmente no art. 40, § 4º, da CF/88, incide em favor dos servidores aposentados no cargo de assistente jurídico da Administração Pública Federal Direta antes da Lei nº 9.028/1995, para fins do direito à transposição ao cargo de assistente jurídico do quadro da Advocacia-Geral da União, caso preenchidos os requisitos legais.

Tese fixada pelo STF: Desde que preenchidos os requisitos legais, os servidores aposentados em cargo de Assistente Jurídico da Administração Direta antes do advento da Lei nº 9.028/95 possuem o direito à transposição ao cargo de Assistente Jurídico do quadro da Advocacia-Geral da União, transformado no cargo de Advogado da União pela Lei nº 10.549/02, com o apostilamento dessa denominação ao título de inatividade.

STF. Plenário. RE 682.934/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 553) (Info 1119).

Transposição dos antigos assistentes jurídicos dos órgãos da União para a AGU

Antes da Constituição de 1988, não existia a Advocacia-Geral da União (AGU). A defesa jurídica da União era realizada pela extinta Advocacia Consultiva da União. Existiam então assistentes jurídicos que atuavam nos órgãos da União.

Com a criação da AGU pela Constituição de 1988, e sua estruturação pela Lei Complementar nº 73/93 e pela Lei nº 9.028/95, surgiu a necessidade de reacomodar esses assistentes jurídicos nos quadros da AGU. A Lei nº 9.028/95 previu a transposição desses cargos. Assim, os assistentes jurídicos passariam para o cargo de Assistente Jurídico do quadro da AGU.

Posteriormente, a Lei nº 10.549/2002 transformou os cargos de Assistente Jurídico do quadro da AGU em cargos de Advogado da União.

Desse modo, foi algo interessante e benéfico para os antigos assistentes jurídicos da Advocacia Consultiva da União. Com a Lei nº 9.028/95, eles foram transpostos para Assistentes Jurídicos do quadro da AGU e, com a Lei nº 10.549/2002, os cargos foram transformados em Advogados da União.

Transposição somente se aplicaria para os assistentes jurídicos que estavam em atividade quando foi editada a MP 485/94

Houve, contudo, uma interpretação restritiva por parte da Administração Pública.

O Advogado-Geral da União decidiu que haveria a transposição para a AGU apenas dos assistentes jurídicos que estavam em atividade na publicação da Medida Provisória nº 485, de 29 de abril de 1994, que mais tarde se converteu na Lei nº 9.028/95. Isso significa que, pela interpretação dada pelo AGU, se algum assistente jurídico tivesse se aposentado antes da MP 485/94, ele não teria direito à transposição ao cargo de Assistente Jurídico do quadro da Advocacia-Geral da União. Consequentemente, não teria direito, mais a frente, à transformação do cargo em Advogado da União.

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ocupava o cargo de assistente jurídico no Ministério da Cultura.

Ele se aposentou em 15 de junho de 1990, com direito a proventos integrais, conforme previa a redação do art. 40 da CF/88, na época.

João pediu que fosse reconhecido o seu direito à transposição para a carreira de Assistente Jurídico da AGU, posteriormente transformado no cargo de Advogado da União pela Lei nº 10.549/2022. Assim, pediu a alteração do título em sua aposentadoria para “Advogado da União” e a transferência da sua folha de pagamento para a AGU.

O Advogado-Geral da União indeferiu o pedido sob o único fundamento de que a aposentadoria da impetrante ocorreu em data anterior à entrada em vigor da lei que previu o direito à transposição.

Como João se aposentou antes da MP 485/94, ele não teria direito à transposição.

João não concordou com isso e impetrou mandado de segurança afirmando que a decisão da AGU violou o princípio da isonomia além do princípio da paridade, que estava previsto no art. 40 até a sua extinção pela EC 41/2003.

O princípio da paridade era uma garantia que os servidores públicos aposentados possuíam segundo a qual todas as vezes que havia um aumento na remuneração percebida pelos servidores da ativa, esse incremento também deveria ser concedido aos aposentados.

No dicionário paridade significa a qualidade de ser igual. Assim, o princípio da paridade enunciava que os proventos deveriam ser iguais à remuneração da ativa.

O princípio da paridade “foi revogado, restando somente para os servidores com direito adquirido, que já preenchiam os requisitos para a aposentadoria antes da edição da EC nº 41 (art. 3º, EC nº 41), ficando também resguardado o direito para aqueles que estão em gozo do benefício (art. 7º, EC nº 41) e os que se enquadrarem nas regras de transição do art. 6º da EC nº 41 e do art. 3º da EC nº 47.” (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 15ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 928).

O impetrante argumentou que, se os assistentes jurídicos em atividade foram incorporados à AGU, os aposentados (como ele) e pensionistas também deveriam ser, mantendo a igualdade entre ativos e inativos.

O argumento invocado pelo AGU para recusar o pedido de João foi idôneo? A AGU pode indeferir o pedido de transposição alegando unicamente que a aposentadoria do ex-assistente jurídico ocorreu antes da entrada em vigor da lei que previu o direito à transposição?

NÃO.

Na época em que João se aposentou vigorava o princípio da paridade, previsto na redação original do § 4º do art. 40 da CF/88.

Como ele se aposentou com paridade, qualquer benefício e vantagem concedida aos servidores em atividade, deveria ter sido estendido a ele sem necessidade de uma lei afirmar isso expressamente.

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da desnecessidade de lei para estender aos inativos os benefícios e vantagens concedidas aos servidores em atividade, quando se está diante da regra da paridade, cuja aplicabilidade é imediata.

O direito à paridade tem dimensão que alcança, afora a isonomia, a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais.

Ademais, no presente caso, ao se entrelaçar com a dignidade da pessoa humana, a paridade não só protege o aspecto econômico relacionado com a aposentadoria, mas possibilita o direito, entre outros, ao apostilamento da denominação de Advogado da União no título de inatividade.

Por fim, a Corte considerou ser inaplicável a Súmula 38/STF:

Súmula 38-STF: Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado.

É preciso destacar que esse enunciado foi editado em 1963, quando vigia a Constituição Federal de 1946, e não a Constituição Cidadã.

A Carta de 1946 previa, em seu art. 193, que seriam revistos os proventos da inatividade “sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”, dispositivo regulamentado pela Lei nº 2.622/55.

Bem distintos são os textos já referidos da Constituição de 1988 relativos à paridade, os quais conferem proteção mais ampla aos inativos que gozam desse direito. Fazem eles menção, entre outros pontos, à extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria (art. 40, § 4º, da CF/88, em sua redação original, e art. 7º da EC nº 41/03).

Em suma:

A cláusula de paridade entre ativos e inativos, prevista inicialmente no art. 40, § 4º, da CF/88, incide em favor dos servidores aposentados no cargo de assistente jurídico da Administração Pública Federal Direta antes da Lei nº 9.028/1995, para fins do direito à transposição ao cargo de assistente jurídico do quadro da Advocacia-Geral da União, caso preenchidos os requisitos legais.

STF. Plenário. RE 682934/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 553) (Info 1119).

Tese fixada:

Desde que preenchidos os requisitos legais, os servidores aposentados em cargo de Assistente Jurídico da Administração Direta antes do advento da Lei nº 9.028/95 possuem o direito à transposição ao cargo de Assistente Jurídico do quadro da Advocacia-Geral da União, transformado no cargo de Advogado da União pela Lei nº 10.549/02, com o apostilamento dessa denominação ao título de inatividade.

STF. Plenário. RE 682934/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 553) (Info 1119).

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, ao apreciar o Tema 553 da repercussão geral, negou seguimento ao recurso extraordinário, com a fixação da tese acima referida.

DIREITO DO CONSUMIDOR

TEMAS DIVERSOS

Nas hipóteses de danos morais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional de passageiros, o CDC prevalece sobre as Convenções de Varsóvia e Montreal

Importante!!!

Atualize o Info 866-STF

ODS 8 E 16

Nas hipóteses de danos morais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional de passageiros, o Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas (Convenções de Varsóvia e Montreal).

Redação anterior da tese: Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Redação atualizada da tese: Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. O presente entendimento não se aplica às hipóteses de danos extrapatrimoniais.

STF. Plenário. ARE 766.618 ED/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 210) (Info 1119).

EM 2017, STF DECIDIU QUE NO CASO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS, AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL PREVALECEM EM RELAÇÃO AO CDC (TEMA 210)

Imagine a seguinte situação hipotética:

Letícia passou sua lua de mel em Paris.

Ela voltou da França em um voo direto que pousou em Natal (RN).

A viagem dos sonhos acabou se transformando em um pesadelo ao final. Isso porque a mala de Letícia foi extraviada pela companhia aérea, que simplesmente perdeu a bagagem.

Além do transtorno, Letícia sofreu um enorme prejuízo econômico. Na mala, havia duas bolsas de grife francesa e cinco vestidos da última coleção.

Diante disso, Letícia ajuizou ação de indenização contra a “Air Paris” pedindo o pagamento de R\$ 100 mil a título de danos materiais, além de reparação por danos morais.

Contestação: tese da indenização tarifada (Convenção de Varsóvia)

O valor de todos os produtos que estavam na mala de Letícia era de R\$ 100 mil, sendo esta a quantia cobrada por ela da “Air Paris”.

Na contestação, contudo, a companhia aérea alegou que, no transporte internacional, deve vigorar os limites de indenização impostos pela “Convenção de Varsóvia”.

A Convenção de Varsóvia é um tratado internacional, assinado pelo Brasil em 1929 e promulgado por meio do Decreto nº 20.704/31. Posteriormente, ela foi alterada pelo Protocolo Adicional 4, assinado na cidade canadense de Montreal em 1975 (ratificado e promulgado pelo Decreto 2.861/1998). Daí falarmos em Convenções de Varsóvia e de Montreal.

Essas Convenções estipulam valores máximos que o transportador poderá ser obrigado a pagar em caso de responsabilidade civil decorrente de transporte aéreo internacional. Dessa forma, tais Convenções adotam o princípio da indenizabilidade restrita ou tarifada.

Em caso de extravio de bagagens, por exemplo, a Convenção determina que o transportador somente poderá ser obrigado a pagar uma quantia máxima de cerca de R\$ 5.940,00.

Assim, em vez de receber R\$ 100 mil, Letícia teria que se contentar com o limite máximo de indenização (por volta de R\$ R\$ 5.940,00).

Conflito entre dois diplomas

No presente caso, temos um conflito entre dois diplomas legais:

- O CDC, que garante ao consumidor o princípio da reparação integral do dano;
- As Convenções de Varsóvia e de Montreal, que determinam a indenização tarifada em caso de transporte internacional.

Assim, a antinomia ocorre entre o art. 14 do CDC, que impõe ao fornecedor do serviço o dever de reparar os danos causados, e o art. 22 da Convenção de Varsóvia, que fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de reparação.

Qual dos dois diplomas irá prevalecer? Em caso de apuração dos danos materiais decorrentes de extravio de bagagem ocorrido em transporte internacional envolvendo consumidor, aplica-se o CDC ou a indenização tarifada prevista nas Convenções de Varsóvia e de Montreal?

As Convenções internacionais. Em 2017, o STF decidiu que:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

STF. Plenário. RE 636331/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes e ARE 766618/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 25/05/2017 (Repercussão Geral – Tema 210) (Info 866).

Por que prevalecem as Convenções?

Porque a Constituição Federal de 1988 determinou que, em matéria de transporte internacional, deveriam ser aplicadas as normas previstas em tratados internacionais. Veja:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Assim, em virtude dessa previsão expressa quanto ao transporte internacional, deve-se afastar o Código de Defesa do Consumidor e aplicar o regramento do tratado internacional.

Critérios para resolver esta antinomia

A Convenção de Varsóvia, enquanto tratado internacional comum, possui natureza de lei ordinária e, portanto, está no mesmo nível hierárquico que o CDC. Logo, não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos. Diante disso, a solução do conflito envolve a análise dos critérios cronológico e da especialidade.

Em relação ao critério cronológico, os acordos internacionais referidos são mais recentes que o CDC. Isso porque, apesar de o Decreto 20.704 ter sido publicado em 1931, ele sofreu sucessivas modificações posteriores ao CDC.

Além disso, a Convenção de Varsóvia – e os regramentos internacionais que a modificaram – são normas especiais em relação ao CDC, pois disciplinam modalidade especial de contrato, qual seja, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.

Duas importantes observações:

- 1) as Convenções de Varsóvia e de Montreal regulam apenas o transporte internacional (art. 178 da CF/88). Em caso de transporte nacional, aplica-se o CDC;
- 2) as Convenções de Varsóvia e de Montreal devem ser aplicadas não apenas na hipótese de extravio de bagagem, mas também em outras questões envolvendo o transporte aéreo internacional.

EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, O STF DECIDIU QUE O ENTENDIMENTO ACIMA EXPLICADO NÃO SE APLICA NO CASO DE DANOS MORAIS (ATUALIZAÇÃO DA TESE FIXADA NO TEMA 210)

A parte ingressou com embargos de declaração contra o acórdão do STF no RE 636331/RJ.

A embargante sustentou que as Convenções de Varsóvia e de Montreal não tratam sobre danos morais. Logo, pediu que fosse sanada omissão no julgado para deixar claro que a tese fixada no Tema 210 somente se restringe aos danos materiais.

O STF deu provimento aos embargos? A tese fixada no Tema 210 se restringe aos danos materiais?

SIM.

O art. 22 da Convenção de Montreal não mencionou claramente a espécie de danos aos quais se referia, mas é preciso considerar que ele representou uma mera atualização da Convenção de Varsóvia, firmada em 1929, quando nem sequer se cogitava de indenização por danos morais.

Se a norma original cuidou apenas de danos materiais, parece razoável sustentar que a norma atualizadora também se ateve a essa mesma categoria de danos. Quisesse o contrário, assim teria dito.

Além disso, os prejuízos de ordem extrapatrimonial, pela sua própria natureza, não admitem tabelamento prévio ou tarifação.

Assim, se os países signatários da Convenção de Montreal tinham a intenção de impor limites à indenização por danos morais nos casos de atraso de voo e de extravio de bagagem/carga, deveriam tê-lo feito de modo expresso.

Ainda é preciso recordar que a própria Convenção de Montreal admitiu a possibilidade de o passageiro elidir o limite indenizatório nela previsto para os casos de extravio de bagagem, realizando uma declaração especial que indique o valor dos bens transportados.

Da mesma forma, o nº 4 do art. 22 deixa claro que a indenização devida em caso de destruição, perda, avaria ou atraso da carga deve levar em consideração o peso total ou o volume da carga transportada.

Ora, se o passageiro pode afastar o limite legal mediante declaração especial do valor patrimonial da bagagem transportada é porque referido limite legal tem por objetivo reparar danos patrimoniais. De igual maneira, se a indenização máxima em caso de extravio de carga está atrelada ao volume e peso total da carga transportada é porque referida indenização visa a compensar prejuízos de ordem material.

Em suma, seja porque a Convenção de Montreal representou mera atualização da Convenção de Varsóvia, que não tratou de danos morais; seja porque a quantificação dos danos extrapatrimoniais segue sistemática própria avessa a qualquer tipo de tarifação ou tabelamento; seja, finalmente, porque a própria Convenção de Montreal admitiu o afastamento do limite indenizatório legal quando feita declaração especial do valor da bagagem transportada, é possível concluir que ela não incluiu os danos morais.

Nesses termos, muito embora se trate de norma posterior ao CDC e constitua lex specialis em relação aos contratos de transporte aéreo internacional, não pode ser aplicada para limitar a indenização devida aos passageiros em caso de danos morais decorrentes de atraso de voo ou extravio de bagagem.

Em suma:

Veja a nova tese fixada pelo STF para o Tema 210:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. O presente entendimento não se aplica às hipóteses de danos extrapatrimoniais.

STF. Plenário. ARE 766618 ED/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 210) (Info 1119).

Desse modo, a tese do Tema 210 da repercussão geral foi reajustada para abranger o novo entendimento do Tribunal.

Vale ressaltar que esse entendimento não é novo e que tanto o STF como o STJ já vinham decidindo dessa maneira:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor em detrimento das Convenções de Varsóvia e Montreal nos casos em que se discute a responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional por DANO MORAL resultante de atraso ou cancelamento de voo e de extravio de bagagem.

STF. Plenário. RE 1.394.401/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 15/12/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.240) (Info 1080).

As indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo internacional não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.842.066-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 09/06/2020 (Info 673).

Como tema já caiu em provas:

(2023 - CEBRASPE - JUIZ TJDFT) Os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, formalizados ou atualizados após o CDC, ainda que menos favoráveis ao consumidor, têm prevalência em relação a esse diploma legal.

Gabarito: Certo

Recapitulando. A indenização decorrente de extravio de bagagem e de atraso de voo internacional está submetida à tarifação prevista na Convenção de Montreal?

- Em caso de danos MATERIAIS: SIM.
- Em caso de danos MORAIS: NÃO.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

Abrangência da inviolabilidade do sigilo das correspondências

Importante!!!

Atualize o Info 993-STF

É válida a abertura de encomenda postada nos Correios por funcionários da empresa, desde que haja indícios fundamentados da prática de atividade ilícita. Nesse caso, é necessário formalizar as providências adotadas para permitir o posterior controle administrativo ou judicial.

Nos presídios, também é válida a abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo quando houver indícios fundamentados da prática de atividades ilícitas.

Redação anterior da tese: Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.

Redação atual da tese:

(1) Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo, salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário, quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas;

(2) Em relação a abertura de encomenda postada nos Correios, a prova obtida somente será lícita quando houver fundados indícios da prática de atividade ilícita, formalizando-se as providências adotadas para fins de controle administrativo ou judicial.

STF. Plenário. RE 1116949 ED/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 1041) (Info 1119).

EM 2020, O STF TRATOU SOBRE A INVIOLABILIDADE DO SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS (TEMA 1041)

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi até uma agência dos Correios e contratou o envio de um pacote (uma caixa) como Sedex. Horas depois, os funcionários responsáveis pela triagem desconfiaram do peso e do suposto conteúdo da embalagem, razão pela qual decidiram abri-la, ocasião em que constataram a existência de 36 frascos com líquido transparente. Submetido o material a perícia, verificou-se que se tratava de substância proibida, classificada como droga.

O pacote foi aberto sem autorização do remetente ou do Poder Judiciário. A prova obtida a partir disso é lícita? Essa prova poderá ser utilizada para condenar João?

Antes de responder à pergunta, é necessário fazer algumas considerações sobre o tema.

Sigilo da correspondência

A análise do caso envolve a interpretação do art. 5º, XII, da Constituição Federal que prevê o seguinte:

Art. 5º (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A posição que prevalece no STF é a de que é possível a abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo em duas situações:

- quando houver prévia autorização judicial;
- nas hipóteses em que a lei autoriza que os agentes públicos abram a correspondência. Neste caso, não é necessária autorização judicial porque se considera que, em razão da natureza do serviço, não há violação do sigilo.

Existe alguma lei que trate sobre o tema e preveja essas hipóteses?

SIM. O tema é tratado no art. 10 da Lei nº 6.538/78 (Leis dos Serviços Postais):

Art. 10. Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

- endereçada a homônimo, no mesmo endereço;
- que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;
- que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;
- que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

As hipóteses de abertura de carta contempladas nesse artigo visam assegurar o funcionamento regular dos Correios.

Vale ressaltar que, mesmo tendo sido editado em 1978, considera-se que esse art. 10 da Lei nº 6.538/78 foi recepcionado pela CF/88. Isso porque a garantia do sigilo de correspondência já estava prevista na Constituição anterior com texto semelhante à Carta atual. Vejamos:

Constituição de 1967 (com a EC nº 01/69)	Constituição Federal de 1988
Art. 153 (...) § 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.	Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

As hipóteses legais que autorizam a abertura das correspondências precisam ser proporcionais

As hipóteses previstas na lei como autorizadoras da violação das correspondências, para serem legítimas, precisam atender a um fim legítimo e que seja necessário em uma sociedade democrática. Em outras palavras, exige-se que a restrição obedeça a um rígido teste de proporcionalidade.

O STF fixou a seguinte tese espelhando seu entendimento sobre o tema:

Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.

STF. Plenário. RE 1116949, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 18/08/2020 (Repercussão Geral – Tema 1041) (Info 993).

Voltando ao caso concreto. Essa prova poderá ser utilizada para condenar João?

NÃO. A hipótese até poderia se enquadrar no inciso III do art. 10 da Lei nº 6.538/78:

Art. 10. Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta: (...) III - que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;

No entanto, no caso concreto, os funcionários dos Correios deveriam ter seguido o procedimento previsto no parágrafo único do art. 10 e precisariam ter aberto a encomenda na presença do remetente ou do destinatário:

Art. 10 (...) Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.
--

Logo, como não foi cumprida a cautela legal, a prova foi considerada ilícita.

EM 2023, O STF ALTEROU A REDAÇÃO DA TESE FIXADA NO TEMA 1041

Embargos de declaração

A Procuradoria-Geral da República opôs embargos de declaração a fim de obter esclarecimentos acerca da decisão do STF em recurso extraordinário com repercussão geral (Tema 1.041), na qual se que analisou se é válida, no processo penal, a prova obtida com a abertura de encomenda pelos Correios, nos casos em que há fortes suspeitas de prática de crimes.

No julgamento do referido recurso, o STF esclareceu o alcance da tese anteriormente fixada e disse que:

É válida a abertura de encomenda postada nos Correios por funcionários da empresa, desde que haja indícios fundamentados da prática de atividade ilícita. Nesse caso, é necessário formalizar as providências adotadas para permitir o posterior controle administrativo ou judicial.

Nos presídios, também é válida a abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo quando houver indícios fundamentados da prática de atividades ilícitas.

STF. Plenário. RE 1116949 ED/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 1041) (Info 1119).

O tratamento legal (Lei nº 6.538/1978) e jurisprudencial não é idêntico em relação a cartas e encomendas. Exatamente por isso, há todo um sistema de fiscalização nos Correios.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e deu-lhes parcial provimento para, acolhendo a sugestão de redação formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, explicitar a tese do Tema 1.041 da repercussão geral, fixada da seguinte forma:

- (1) Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo, salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário, quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas;**
- (2) Em relação a abertura de encomenda postada nos Correios, a prova obtida somente será lícita quando houver fundados indícios da prática de atividade ilícita, formalizando-se as providências adotadas para fins de controle administrativo ou judicial.**

STF. Plenário. RE 1116949 ED/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 1041) (Info 1119).

TEMA 1041 STF	
Tese anterior	Tese atual
Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.	<p>(1) Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo, salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário, quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas;</p> <p>(2) Em relação a abertura de encomenda postada nos Correios, a prova obtida somente será lícita quando houver fundados indícios da prática de atividade ilícita, formalizando-se as providências adotadas para fins de controle administrativo ou judicial.</p>

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

É constitucional o art. 3º da LC 190/22, que afirma que a cobrança do Difal deveria respeitar a anterioridade nonagesimal; não havia exigência constitucional de se estipular o prazo já que a LC 190/22 não criou nem aumentou tributo, no entanto, o legislador tinha podia fixá-lo

ODS 10, 16 E 17

A aplicação da LC 190/2022, que regulamentou a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS (Difal), não precisava cumprir a anterioridade anual e nonagesimal. Isso porque não houve instituição ou majoração de tributo. No entanto, o legislador podia, legitimamente, fixar um prazo de 90 dias para a cobrança do Difal/ICMS como forma de garantir maior previsibilidade para os contribuintes. O que a Constituição garante é o mínimo. Mesmo quando a anterioridade de noventa dias não é obrigatória, pode o Congresso Nacional entender por bem conceder um período de vacatio em favor do contribuinte, ainda que não trate de criação ou majoração de tributo.

Também não padece de inconstitucionalidade o art. 24-A, § 4º, da LC 87/96, incluído pela LC 190/2022, que estabelece o prazo de 60 dias, contados da disponibilização do portal de apuração do DIFAL, para que as novas definições de contribuinte, local e o momento (do fato gerador da operação envolvendo consumidor final em outro Estado) possam produzir efeitos. Tal regra tem por finalidade conceder prazo hábil para assegurar a adaptação tecnológica do contribuinte, especialmente considerando que o ICMS é um imposto sujeito a lançamento por homologação.

STF. Plenário. ADI 7066/DF, ADI 7070/DF e ADI 7078/CE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29/11/2023 (Info 1119).

LC 190/2022: ICMS NAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO

A Lei Complementar nº 190, de 4 de janeiro de 2022, alterou a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Para entender a relevância dessa Lei, é indispensável antes analisar o que o STF decidiu no Tema 1093 (RE 1287019/DF).

ICMS

O ICMS é um imposto estadual previsto no art. 155, II, da CF/88 e na LC 87/96.

Um dos fatos geradores do ICMS é a circulação de mercadorias.

Ex.1: João vai até o shopping e compra uma televisão. Houve a incidência de ICMS sobre essa operação.

Ex.2: Pedro entra na internet e, em um site de comércio eletrônico, adquire um computador de uma loja virtual de São Paulo (SP) a ser entregue em sua casa em Recife (PE). Houve também pagamento de ICMS.

Na operação realizada entre pessoas situadas em Estados diferentes, quem ficará com o ICMS cobrado: o Estado que produziu/comercializou a mercadoria (Estado de origem — alienante) ou aquele onde vai ocorrer o consumo (Estado de destino — adquirente)? Pedro entra na internet e, em um site de comércio eletrônico, adquire um computador de uma loja virtual de São Paulo (SP) a ser entregue em sua casa em Recife (PE). O valor do ICMS ficará com São Paulo ou com Pernambuco?

I - REGRAS PREVISTAS NA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DA CF/88

A resposta para as perguntas acima dependia da situação concreta.

A CF/88 previu três regras que serão aplicáveis para cada uma das situações. Vejamos:

SITUAÇÃO 1

- Situação: quando a pessoa tiver adquirido o produto/serviço como consumidor final e for contribuinte do ICMS.
- Exemplo: supermercado de PE adquire computadores de SP como consumidor final, ou seja, os computadores não serão para revenda, mas sim para uso próprio. O supermercado é consumidor final do produto e é contribuinte do ICMS (paga ICMS normalmente pelas outras operações que realiza).
- Solução dada pela CF/88: neste caso, a redação originária da CF/88 optou por dividir a arrecadação do ICMS entre o Estado de origem (SP) e o de destino da mercadoria (PE).

O ICMS será cobrado duas vezes:

- 1^a) Quando a mercadoria sair do estabelecimento vendedor, aplica-se a alíquota interestadual de ICMS. O valor obtido ficará com o Estado de origem.
- 2^a) Quando a mercadoria der entrada no estabelecimento que a comprou, aplica-se a diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual. O valor obtido ficará como Estado de destino.

Voltando ao nosso exemplo:

- 1^a) Quando os computadores saírem da loja em SP, a Sefaz de SP irá cobrar a alíquota interestadual (7%). Esse valor (7% sobre o preço das mercadorias) ficará com SP.
- 2^a) Quando os computadores chegarem no supermercado em PE, a Sefaz de PE irá cobrar a diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual. Será assim: 17% (alíquota interna de PE) - 7% (alíquota interestadual) = 10%. Logo, imputa-se 10% sobre o preço das mercadorias. Esse valor obtido ficará com PE.

Vale ressaltar, no entanto, que esta situação não é muito frequente na prática.

- Previsão na redação originária da CF/88:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

SITUAÇÃO 2:

- Situação: quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e NÃO for contribuinte do ICMS.

- Exemplo: advogado de Recife (PE) compra um computador pela internet de uma loja de SP.

- Solução dada pela CF/88: aplica-se a alíquota INTERNA do Estado vendedor e o valor fica todo com o Estado de origem (Estado onde se localiza o vendedor; no caso, SP).

O Estado onde mora o comprador não ganha nada (em nosso exemplo, Pernambuco).

Voltando ao nosso exemplo:

A alíquota interna do Estado de SP (Estado vendedor) é de 18%.

Logo, multiplica-se 18% pelo preço das mercadorias. O valor obtido fica inteiramente com SP.

Essa situação cresceu incrivelmente por força do aumento das compras pela internet, o chamado *e-commerce*.

- Previsão na redação originária da CF/88:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

(...)

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

SITUAÇÃO 3:

- Situação: quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.
- Exemplo: supermercado de PE compra computadores de empresa de SP para revender em suas lojas no Recife.
- Solução dada pela CF/88: aplica-se a alíquota INTERESTADUAL, mas o valor ficará todo com o Estado de origem (Estado onde se localiza o vendedor; no caso, SP).

Voltando ao nosso exemplo: quando esses computadores saírem de SP, deverá ser aplicada a alíquota interestadual (7%) e todo esse valor fica com o Estado de origem.

Obs: esta é a situação mais corriqueira na prática.

Resumo das regras que foram previstas originariamente pela CF/88:

SITUAÇÃO	ALÍQUOTAS APLICÁVEIS	QUEM FICA COM O ICMS OBTIDO?
1) quando a pessoa tiver adquirido o produto/serviço como consumidor final e for contribuinte do ICMS.	Duas: 1º) alíquota interestadual; 2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	Os dois Estados. O Estado de origem fica com o valor obtido com a alíquota interestadual. O Estado de destino fica com o valor obtido com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.
2) quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e não for contribuinte do ICMS.	Só uma: a interna do Estado de origem.	Estado de origem. Aplica-se a alíquota interna do Estado vendedor e o valor fica todo com ele.
3) quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.	Só uma: interestadual.	Estado de origem. Aplica-se a alíquota interestadual, mas o valor ficará todo com o Estado de origem.

Obs.: as situações 2 e 3 são muito comuns na prática e o cenário 1 é de rara ocorrência.

Crítica feita por muitos Estados

A maioria dos Estados (Paraíba, Piauí, Bahia, Mato Grosso, Ceará, Sergipe, entre outros) criticava a sistemática do ICMS acima explicada, taxando-a de injusta e afirmando que ela contribui para o aumento das desigualdades regionais. Isso porque quase todos os centros de produção e de distribuição de produtos industrializados estão localizados nas Regiões Sul e Sudeste do país, notadamente no Estado de São Paulo. Tais Estados são muito industrializados e concentram boa parte da riqueza financeira nacional. Os Estados situados nas demais regiões (em especial, Norte e Nordeste) aglutinam, proporcionalmente, mais consumidores do que empresas.

Desse modo, os Estados do Norte e Nordeste afirmavam que a regra constitucional do ICMS era injusta porque excluía os Estados consumidores da arrecadação do imposto, que ficava com os Estados produtores (chamada “regra de origem”), que já são mais desenvolvidos economicamente e, com isso, ficam ainda mais ricos.

EC 87/2015

Diante disso, os chamados Estados consumidores conseguiram se unir e aprovaram, no Congresso Nacional, a EC 87/2015, que alterou as regras acima explicadas.

Vou explicar o que mudou com a EC 87/2015.

II - MUDANÇA FEITA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015

A EC 87/2015 alterou a solução dada para a SITUAÇÃO 2 acima explicada e passou a dizer que o ICMS, nesses casos, deveria ser dividido entre o Estado de origem e o Estado de destino.

Vejamos novamente a SITUAÇÃO 2 para entender o que mudou:

- Situação: quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e NÃO for contribuinte do ICMS.
- Exemplo: advogado de Recife (PE) compra um computador pela internet de uma loja de SP.
- Solução dada pela CF/88 em sua redação originária:

Aplicava apenas a alíquota INTERNA do Estado vendedor.

O valor ficava todo com o Estado de origem (Estado onde se localiza o vendedor; no caso, SP).

O Estado onde morava o comprador não ganhava nada (em nosso exemplo, Pernambuco).

- Solução dada pela EC 87/2015:

Passaram a incidir duas alíquotas:

- 1º) alíquota interestadual;
- 2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O valor da arrecadação é dividido entre o Estado de origem e o de destino.

a) Valor obtido com a aplicação da alíquota interestadual (ex: 7% x 500 mil reais): fica todo para o Estado de origem.

b) Valor obtido com a aplicação da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a interestadual. Ex.: 17% (alíquota interna de PE) – 7% (alíquota interestadual) = 10%. Multiplica-se 10% x 500 mil reais (valor dos produtos). O resultado dessa operação fica com o Estado de destino.

Essa diferença é chamada de Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS).

Resumo das regras existentes após a EC 87/2015:

SITUAÇÃO	ALÍQUOTAS APlicáveis	QUEM FICA COM O ICMS?
----------	----------------------	-----------------------

1) quando a pessoa tiver adquirido o produto/serviço como consumidor final e for contribuinte do ICMS.	Duas: 1º) alíquota interestadual; 2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	Os dois Estados. * O Estado de origem fica com o valor obtido com a alíquota interestadual. * O Estado de destino fica com o valor obtido com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual. Obs.: o adquirente (destinatário) do produto ou serviço é quem deverá fazer o recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	
2) quando o adquirente for consumidor final da mercadoria comprada e não for contribuinte do ICMS.	Duas: 1º) alíquota interestadual; 2º) diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	Os dois Estados. * O Estado de origem fica com o valor obtido com a alíquota interestadual. * O Estado de destino fica com o valor obtido com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual. Obs.: o remetente do produto ou serviço é quem deverá fazer o recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.	
3) quando o adquirente não for o consumidor final do produto adquirido.	Interestadual	Estado de origem. Aplica-se a alíquota interestadual, mas o valor ficará todo com o Estado de origem.	

QUADRO-COMPARATIVO:

Redação anterior à EC 87/2015	Redação dada pela EC 87/2015
Art. 155 (...) § 2º O imposto previsto no inciso II (<i>ICMS</i>) atenderá ao seguinte: VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; (<i>regra aplicável à SITUAÇÃO 1</i>) b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; (<i>regra que era aplicável à SITUAÇÃO 2</i>)	Art. 155 (...) § 2º O imposto previsto no inciso II (<i>ICMS</i>) atenderá ao seguinte: VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; a) (revogada); b) (revogada);
VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do	VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a

destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;	alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;
---	---

CONVÊNIO ICMS 93/2015

Logo depois de ser editada a EC 87/2015, os Estados-membros e o Distrito Federal buscaram dar concretude a essas regras e firmaram entre si o Convênio ICMS 93/2015, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

De acordo com a cláusula primeira do Convênio: “Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio.”.

Assim, o objetivo principal desse Convênio foi o de disciplinar a cobrança da Difal/ICMS.

Essa regulamentação é constitucional?

NÃO. Existe, no caso, duplo vício formal:

- a) usurpação de competência da União, considerando que compete ao ente federal editar norma geral nacional sobre o tema; e
- b) inadequação do instrumento escolhido para regulamentar o tema, ou seja, um convênio.

O art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal determina lei complementar deverá definir os principais aspectos do ICMS:

Art. 155, § 2º (...)

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
- e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, “a”;
- f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;
- g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.
- h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;
- i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a inteiro, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

Atualmente a Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir) trata das normas gerais do ICMS. Entretanto, não há nela qualquer disposição relativa ao assunto em comento.

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

O que é necessário, então, para a cobrança do Difal?

O STF decidiu, na época, que era necessária a edição de uma lei complementar federal:

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.

STF. Plenário. ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1093) (Info 1007).

Logo depois que a EC 87/2015 foi promulgada, alguns Estados-membros anteciparam-se e, mesmo sem haver a lei complementar nacional, editaram leis estaduais prevendo a cobrança do Difal. Tais leis estaduais são válidas?

São válidas (ou seja, não são inconstitucionais). No entanto, ainda não estão produzindo seus efeitos, isto é, ainda não se pode cobrar o Difal com base nelas.

Conforme decidiu o STF:

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 dispondo sobre o assunto.

STF. Plenário. ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1093) (Info 1007).

Modulação dos efeitos

O STF modulou os efeitos para que a decisão produza efeitos somente a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento. Isso significa que as cláusulas continuam valendo até dezembro de 2021, exceto a cláusula 9ª, que já estava suspensa por decisão liminar desde fevereiro de 2016.

Segundo o Min. Dias Toffoli, autor da proposta de modulação, a modulação é necessária para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos Estados/DF. O ministro salientou que, durante esse período, o Congresso Nacional terá possibilidade de aprovar a lei complementar sobre o tema. Ficam afastadas da modulação as ações judiciais em curso sobre a questão.

FINALMENTE FOI EDITADA A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL: LC 190/2022

Depois do julgado acima comentado, o Congresso Nacional aprovou e o Presidente sancionou a Lei Complementar nº 190/2022, que alterou a Lei Kandir (LC 87/96) para enfim regulamentar a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Vejamos como ficou a Lei Kandir com os acréscimos promovidos pela LC 190/2022, com destaque para o novo § 7º do art. 11:

Art. 4º (...)

§ 2º É ainda contribuinte do imposto nas operações ou prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final domiciliado ou estabelecido em outro Estado, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:

I - o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, na hipótese de contribuinte do imposto;

II - o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto.

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

V - tratando-se de operações ou prestações interestaduais destinadas a consumidor final, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:

a) do estabelecimento do destinatário, quando o destinatário ou o tomador for contribuinte do imposto;

b) do estabelecimento do remetente ou onde tiver início a prestação, quando o destinatário ou tomador não for contribuinte do imposto.

(...)

§ 7º Na hipótese da alínea “b” do inciso V do caput deste artigo, quando o destino final da mercadoria, bem ou serviço ocorrer em Estado diferente daquele em que estiver domiciliado ou estabelecido o adquirente ou o tomador, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será devido ao Estado no qual efetivamente ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem ou o fim da prestação do serviço.

§ 8º Na hipótese de serviço de transporte interestadual de passageiros cujo tomador não seja contribuinte do imposto:

I - o passageiro será considerado o consumidor final do serviço, e o fato gerador considerar-se-á ocorrido no Estado referido nas alíneas “a” ou “b” do inciso II do caput deste artigo, conforme o caso, não se aplicando o disposto no inciso V do caput e no § 7º deste artigo; e

II - o destinatário do serviço considerar-se-á localizado no Estado da ocorrência do fato gerador, e a prestação ficará sujeita à tributação pela sua alíquota interna.

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XIV - do início da prestação de serviço de transporte interestadual, nas prestações não vinculadas a operação ou prestação subsequente, cujo tomador não seja contribuinte do imposto domiciliado ou estabelecido no Estado de destino;

XV - da entrada no território do Estado de bem ou mercadoria oriundos de outro Estado adquiridos por contribuinte do imposto e destinados ao seu uso ou consumo ou à integração ao seu ativo imobilizado;

XVI - da saída, de estabelecimento de contribuinte, de bem ou mercadoria destinados a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado ou estabelecido em outro Estado.

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

IX - nas hipóteses dos incisos XIII e XV do caput do art. 12 desta Lei Complementar:

a) o valor da operação ou prestação no Estado de origem, para o cálculo do imposto devido a esse Estado;

b) o valor da operação ou prestação no Estado de destino, para o cálculo do imposto devido a esse Estado;

X - nas hipóteses dos incisos XIV e XVI do caput do art. 12 desta Lei Complementar, o valor da operação ou o preço do serviço, para o cálculo do imposto devido ao Estado de origem e ao de destino.

(...)

§ 3º No caso da alínea “b” do inciso IX e do inciso X do caput deste artigo, o imposto a pagar ao Estado de destino será o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a interestadual.

(...)

§ 6º Utilizar-se-á, para os efeitos do inciso IX do caput deste artigo:

I - a alíquota prevista para a operação ou prestação interestadual, para estabelecer a base de cálculo da operação ou prestação no Estado de origem;

II - a alíquota prevista para a operação ou prestação interna, para estabelecer a base de cálculo da operação ou prestação no Estado de destino.

§ 7º Utilizar-se-á, para os efeitos do inciso X do caput deste artigo, a alíquota prevista para a operação ou prestação interna no Estado de destino para estabelecer a base de cálculo da operação ou prestação.

Art. 20-A. Nas hipóteses dos incisos XIV e XVI do caput do art. 12 desta Lei Complementar, o crédito relativo às operações e prestações anteriores deve ser deduzido apenas do débito correspondente ao imposto devido à unidade federada de origem.

Vigência

A LC 190/2022 entrou em vigor na data de sua publicação (05/01/2022), observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal (anterioridade nonagesimal):

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

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

EXPLICAÇÃO DO JULGADO (ADIs 7066, 7070 e 7078)

Foram propostas três ações diretas de constitucionalidade contra dispositivos da Lei Complementar nº 190/2022.

O Governador do Estado de Alagoas (ADI 7070) e o Governador do Estado do Ceará (ADI 7078) ajuizaram ações direta de constitucionalidade para questionar dispositivos da Lei Complementar nº 190/2022.

ADI 7066

Nesta ação, a Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos - ABIMAQ impugnou o art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, que tem a seguinte redação:

Lei Complementar 190/2022

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea "c" do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.

Este dispositivo afirma que a LC 190/2022 tem que respeitar a anterioridade nonagesimal.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

1) Princípio da anterioridade ANUAL ou de exercício ou comum	2) Princípio da anterioridade NONAGESIMAL, privilegiada ou qualificada
O Fisco não pode cobrar tributos no mesmo exercício financeiro (ano) em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, III, "b", da CF/88).	O Fisco não pode cobrar tributos antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Trata-se de regra prevista no art. 150, III, "c" (para os tributos em geral) e também no art. 195, § 6º (no que se refere às contribuições sociais).
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;	Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;
<p>Esses dois princípios foram previstos para serem aplicados cumulativamente, ou seja, se um tributo é instituído ou aumentado em um determinado ano, ele somente poderá ser cobrado no ano seguinte. Além disso, entre a data em que foi publicada a lei e o início da cobrança deverá ter transcorrido um prazo mínimo de 90 dias. Tudo isso para que o contribuinte possa programar suas finanças pessoais e não seja “pego de surpresa” por um novo tributo ou seu aumento.</p> <p>Ex: a Lei “X”, publicada em 10 de dezembro de 2014, aumentou o tributo “Y”. Esse aumento deverá respeitar a anterioridade anual (somente poderá ser cobrado em 2015) e também deverá obedecer a anterioridade nonagesimal (é necessário que exista um tempo mínimo de 90 dias). Logo, esse aumento somente poderá ser cobrado a partir de 11 de março de 2015.</p> <p>Obs.: existem alguns tributos que estão fora da incidência desses dois princípios. Em outras palavras, são exceções a essas regras. Ao estudar para concursos, lembre-se de memorizar essas exceções, considerando que são muito cobradas nas provas.</p>	

Segundo alegou a ABIMAQ, não basta que a LC 190/2022 cumpra a anterioridade nonagesimal. Ela também deveria respeitar a anterioridade anual prevista no art. 150, III, "b", da Constituição Federal. Logo, pediu que o STF desse interpretação conforme ao art. 3º para determinar a observância também da regra da anterioridade anual prevista no art. 150, III, "b", da CF/88.

Assim, para a ABIMAQ, a cobrança do Difal somente poderia ser feita a partir de 2023.

ADI 7070

O Governador do Estado de Alagoas, nesta ADI, questionou o § 4º do art. 24-A da LC 87/96, inserido pela LC 190/2022, que, em outras palavras, afirma que a cobrança do tributo somente será possível três meses após a criação de um portal com as informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias nas operações e prestações interestaduais:

Lei Complementar 87/1996

Art. 24-A. Os Estados e o Distrito Federal divulgarão, em portal próprio, as informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, nas operações e prestações interestaduais, conforme o tipo. (Incluído pela Lei Complementar nº 190, de 2022)
(...)

§ 4º Para a adaptação tecnológica do contribuinte, o inciso II do § 2º do art. 4º, a alínea "b" do inciso V do caput do art. 11 e o inciso XVI do caput do art. 12 desta Lei Complementar somente

produzirão efeito no primeiro dia útil do terceiro mês subsequente ao da disponibilização do portal de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 190, de 2022)

O autor sustentou que a criação do portal é desnecessária para a continuidade da cobrança, porque os Estados e o Distrito Federal têm sistemas e procedimentos técnicos adequados que possibilitam a continuidade do recolhimento. Destacou, ainda, que a EC 87/2015, ao instituir a repartição de receitas por meio do Difal, não condicionou seu recolhimento a nenhum prazo ou à criação de um portal centralizado. O Governador de Alagoas também refutou o pedido feito pela ABIMAQ, na ADI 7066. Ele sustentou que a LC 190/2022 foi editada apenas para atender à exigência do STF quanto à forma da regulamentação legal, sem inovar a relação tributária ou majorar alíquotas. Sustentou, ainda, que o tributo é cobrado desde 2015, o que dispensaria a exigência constitucional da anterioridade anual. Na verdade, para o Governador, não seria sequer necessário respeitar a anterioridade nonagesimal. Logo, pediu a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da LC 190/2022.

ADI 7078

Proposta pelo Governador do Ceará.

Assim como argumentado na ADI 7070, o Governador do Ceará sustentou, basicamente, que os estados contribuintes vêm recolhendo o imposto há anos e que a edição da LC 190/2022 foi meramente formal, sem modificar alíquotas ou alterar as relações tributárias já estabelecidas.

Logo, sustentou que o DIFAL fosse cobrado imediatamente, a partir da publicação da lei.

O STF acolheu os argumentos expostos nas ADIs?

NÃO.

A LC 190/2022 não modificou a hipótese de incidência, tampouco da base de cálculo, mas apenas a destinação do produto da arrecadação, por meio de técnica fiscal que atribuiu a capacidade tributária ativa a outro ente político e cuja eficácia pode ocorrer no mesmo exercício, pois não corresponde a instituição nem majoração de tributo.

Em verdade, a LC 190/2022 visou sanar vício formal apontado pelo STF.

Nesse contexto, ao contribuinte não é imposta repercussão econômica relacionada à obrigação principal da relação tributária; são determinadas somente obrigações acessórias, as quais, na linha do que decidido pelo STF, não se sujeitam ao princípio da anterioridade.

A instituição do Difal se deu mediante leis estaduais ou do DF, que foram editadas após a EC 87/2015, na expectativa da sanção da lei complementar em debate.

Contudo, embora as anterioridades tributárias sejam inexigíveis em face da LC 190/2022, o legislador complementar pode assegurar, dentro da razoabilidade e em seu nível de competência, outras salvaguardas, a balizar o poder de tributar. Ao fazê-lo por meio da remissão ao art. 150, III, "c", da CF/88, o legislador estabelece, na prática, um período de *vacatio legis* correspondente ao lapso temporal referido naquele dispositivo constitucional (90 dias).

Não há vedação a que se proceda dessa forma, bem entendido que essa opção legislativa não decorre de uma imposição constitucional. O que a Constituição garante é o mínimo. Mesmo quando a anterioridade de noventa dias não é obrigatória, pode o Congresso Nacional entender por bem conceder um período de *vacatio* em favor do contribuinte, ainda que não trate de criação ou majoração de tributo.

Nesse sentido, é constitucional o art. 3º da LC 190/2022 no que determinou lapso temporal mínimo de noventa dias da data da publicação da lei complementar para que ela passasse a produzir efeitos.

Portanto, a cobrança do Difal pelas unidades federativas sujeita-se, cumulativamente, à observância das anterioridades geral e nonagesimal — tendo em conta a publicação das leis estaduais e do DF —, bem assim à produção de efeitos estipulada na LC 190/2022.

Também não padece de inconstitucionalidade o art. 24-A, § 4º, da LC 87/96, incluído pela LC 190/2022, que estabelece o prazo de 60 dias, contados da disponibilização do portal de apuração do DIFAL, para que

as novas definições de contribuinte, local e o momento (do fato gerador da operação envolvendo consumidor final em outro Estado) possam produzir efeitos.

Tal regra tem por finalidade, como declarada em seu próprio texto, conceder prazo hábil para assegurar a adaptação tecnológica do contribuinte, especialmente considerando que o ICMS é um imposto sujeito a lançamento por homologação.

Vale dizer que a norma em questão não caracteriza renúncia de receita a exigir estimativa do seu impacto financeiro, como determina o art. 113 do ADCT:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

A norma apenas posterga a produção de efeitos pelos art. 4º, § 2º, II, art. 11, V, “b”, e 12, XVI, da Lei Kandir (redação da LC 190/2022), com o objetivo de permitir a adaptação tecnológica dos contribuintes relativamente ao acesso ao portal de que trata o art. 24-A da mesma Lei Kandir (LC 87/1996).

Mesmo que o art. 99 do ADCT não tenha condicionado a distribuição de receita a qualquer prazo futuro ou à instituição de plataforma específica para apuração do DIFAL, a cobrança do tributo depende da regulamentação por meio de lei complementar, caracterizando-se, portanto, como norma constitucional de eficácia limitada, cujos efeitos estão condicionados à edição da lei complementar.

Além disso, a EC 87/2015 não reclamou a implantação de plataforma unificada para a apuração do DIFAL, cuja exigência é fruto da atividade do Congresso Nacional no legítimo exercício da liberdade de conformação do legislador, de modo que a concessão de prazo a permitir a adaptação tecnológica do contribuinte é medida plausível e plenamente justificável.

Em suma:

A aplicação da LC 190/2022, que regulamentou a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS (Difal), não precisa observar os prazos constitucionais de anterioridade anual e nonagesimal, porque não houve instituição ou majoração de tributo. No entanto, o legislador complementar pode determinar prazo de 90 dias para a cobrança do Difal/ICMS de forma a garantir maior previsibilidade para os contribuintes.

STF. Plenário. ADI 7066/DF, ADI 7070/DF e ADI 7078/CE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29/11/2023 (Info 1119).

Com base nesses e em outros entendimentos, o Plenário do STF, em julgamento conjunto, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ADIs e reconheceu a constitucionalidade do art. 3º da LC 190/2022.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É inconstitucional lei municipal que obriga o shopping center a ter ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado com médico e ambulância para atendimento de emergência. ()
- 2) A criação e organização da Justiça Militar no Estado não exigem previsão em lei. ()
- 3) É constitucional proibir a posse de candidato aprovado que teve uma doença grave, mas que atualmente não apresenta sintomas incapacitantes nem restrições para o trabalho. ()
- 4) Os antigos assistentes jurídicos da União possuem direito à transposição ao cargo de Assistente Jurídico do quadro da AGU (posteriormente transformado em Advogado da União), mesmo que tenham se aposentado antes da Lei 9.028/95; isso por força do princípio da paridade. ()

- 5) Nas hipóteses de danos morais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional de passageiros, o CDC não prevalece sobre as Convenções de Varsóvia e Montreal. ()
- 6) É válida a abertura de encomenda postada nos Correios por funcionários da empresa, desde que haja indícios fundamentados da prática de atividade ilícita. Nesse caso, é necessário formalizar as providências adotadas para permitir o posterior controle administrativo ou judicial. ()
- 7) É constitucional o art. 3º da LC 190/22, que afirma que a cobrança do Difal deveria respeitar a anterioridade nonagesimal. ()

Gabarito

1. C	2. E	3. E	4. C	5. E	6. C	7. C
------	------	------	------	------	------	------

Citação da fonte:

O Informativo original do STF é uma publicação elaborada Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação da Corte na qual são divulgados resumos das teses e conclusões dos principais julgamentos realizados pelo STF.

O Informativo comentado do Dizer o Direito tem por objetivo apenas explicar e sistematizar esses julgados. Vale ressaltar que os argumentos expostos foram construídos nos votos e debates decorrentes dos julgados. Portanto, a autoria das teses e das razões de convencimento são dos Ministros do STJ e do STF, bem como de sua competente equipe de assessores.

INFORMATIVO STF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>.