

Informativo comentado: Informativo 1011-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

- *Cabe ADPF quando se alega que está havendo uma omissão por parte do poder público.*

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

- *Lei estadual pode proibir publicidade dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica.*

TRIBUNAIS DE CONTAS

- *Não é obrigatória a instituição de Ministério Público especial junto ao TCM.*

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

- *É inconstitucional Decreto que autoriza o Ministério da Educação a nomear diretor interino de centros técnicos federais sem observância do processo eleitoral que conta com a participação da comunidade escolar.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

COMPETÊNCIA

- *Compete à Justiça estadual julgar insolvência civil mesmo que envolva a participação da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal.*

DIREITO PENAL

CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- *É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do CP, devendo ser aplicada a pena prevista antes da Lei 9.677/98, qual seja, de 1 a 3 anos.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EXECUÇÃO PENAL (REMIÇÃO DA PENA)

- *As 1.200 hs ou 1.600 hs, dispostas na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, com base nas quais serão calculados os dias a serem remidos.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- *Não é possível que, por meio de simples decreto, a pretexto de fixar prazo de pagamento, se exija o recolhimento antecipado do ICMS na entrada da mercadoria no Estado-membro.*
- *Não cabe ICMS sobre a operação de extração de petróleo e sobre a operação de circulação de petróleo desde os poços de extração até a empresa concessionária.*

DIREITO DO TRABALHO

PRESSCRIÇÃO

- *É constitucional o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento de ações trabalhistas de portuários avulsos até o limite de dois anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra (Ogmo).*

TERCEIRIZAÇÃO

- *Ofende a livre iniciativa e a livre concorrência obrigar a empresa contratada para prestação de serviços terceirizados a pagar remuneração em padrões idênticos aos da empresa contratante (tomadora dos serviços); elas possuem possibilidades econômicas distintas.*

DIREITO CONSTITUCIONAL**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Cabe ADPF quando se alega que está havendo uma omissão por parte do poder público

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instrumento eficaz de controle da constitucionalidade por omissão.

A ADPF pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que essas omissões se afigurem lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra.

STF. Plenário. ADPF 272/DF, Rel. Min. Cármén Lúcia, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

A situação concreta foi a seguinte:

A Procuradoria-Geral da República ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no STF afirmando que a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP) estariam sendo omissos porque até o momento não teriam instituído e regulamentado o funcionamento do Ministério Público junto à corte municipal de contas.

Explicando melhor: no Tribunal de Contas da União e nos Tribunais de Contas dos Estados existe a atuação de um Ministério Público especial. No Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP) nunca foi editada lei prevendo a atuação do Ministério Público estadual. Para a PGR, essa omissão seria constitucional porque o TCM-SP estaria em descompasso com a simetria, ou seja, com o modelo fixado pela Constituição Federal.

Assim, na ação, a PGR pediu que o STF determinasse ao TCM-SP e à Câmara Municipal paulistana a edição de lei municipal criando o Ministério Público especial na estrutura do TCM-SP.

Cabe ADPF neste caso?

SIM.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instrumento eficaz de controle da constitucionalidade por omissão.

A ADPF pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que essas omissões se afigurem lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra.

STF. Plenário. ADPF 272/DF, Rel. Min. Cármén Lúcia, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

Lei estadual pode proibir publicidade dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica

É constitucional legislação estadual que proíbe toda e qualquer atividade de comunicação comercial dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica.

STF. Plenário. ADI 5631/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

O caso concreto foi o seguinte:

Na Bahia, foi editada a Lei estadual nº 13.582/2016, que proibiu publicidade dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica. Confira:

Art. 1º Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica.

(...)

§ 2º Fica impedida a utilização de celebridades ou personagens infantis na comercialização, bem como a inclusão de brindes promocionais, brinquedos ou itens colecionáveis associados à compra do produto.

§ 3º A pena de multa e a suspensão da veiculação da publicidade serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa e contraditório.

Art. 3º Em caso de descumprimento das restrições apresentadas nos artigos antecedentes, o infrator estará sujeito às penas de:

I - multa;

II - suspensão da veiculação da publicidade;

Art. 4º Por comunicação mercadológica entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

Essa lei é constitucional?

SIM.

É constitucional legislação estadual que proíbe toda e qualquer atividade de comunicação comercial dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica.

STF. Plenário. ADI 5631/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

Os Estados-membros possuem competência legislativa para restringir o alcance da publicidade dirigida às crianças enquanto estiverem nos estabelecimentos de educação básica.

Essa restrição tem por objetivo promover a proteção da saúde de crianças e adolescentes, devido que a própria Constituição Federal define como sendo de absoluta prioridade.

A limitação, tal como disposta na legislação estadual impugnada implica restrição muito leve à veiculação de propaganda. Trata-se de restrição que se limita aos estabelecimentos de educação básica e somente de alguns produtos, além de se voltar a um público muito reduzido.

As restrições à liberdade de expressão comercial podem ser aplicadas especialmente no ambiente escolar. Ademais, a Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio da Resolução nº 63.14/2010, adotou uma série de recomendações dirigidas aos Estados, a fim de que regulem a publicidade de bebidas não-alcoólicas e de alimentos ricos em gorduras e açúcares.

As recomendações, baseadas em evidências científicas, foram acompanhadas de um relatório técnico para auxiliar os Estados. Nele, a OMS recomenda, por exemplo, que os locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sódio. Esses locais incluem, mas não se limitam a eles, escolas e suas mediações, clínicas e serviços pediátricos, eventos esportivos e atividades culturais.

A racionalidade trazida pela recomendação é evidente: essas instituições agem como *in loco parentis*, ou seja, no lugar dos pais. Não existe nesses locais a possibilidade de os pais ou os responsáveis pelas crianças desligarem a televisão ou o rádio. Os pais não estão presentes fisicamente. Por isso, como afirma a recomendação, “dentro da escola, o bem-estar nutricional das crianças deve ser a pedra angular”.

TRIBUNAIS DE CONTAS

Não é obrigatória a instituição de Ministério Público especial junto ao TCM

Os Tribunais de Contas dos Estados são organizados pelas Constituições Estaduais. Contudo, por força do princípio da simetria, as regras do TCU também são aplicadas, no que couber, aos TCE's, conforme determina o art. 75 da CF:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Vale ressaltar que o princípio da simetria previsto nesse art. 75 aplica-se:

- aos Tribunais de Contas Estaduais; e
- aos Tribunais de Contas dos Municípios.

Por outro lado, essa simetria não abrange o Tribunal de Contas do Município (TCM).

O preceito veiculado pelo art. 75 da Constituição Federal aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, excetuando-se ao princípio da simetria os Tribunais de Contas do Município.

Dessa forma, não é obrigatória a instituição e regulamentação do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

STF. Plenário. ADPF 272/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

Quem realiza o controle externo da Administração Pública?

Esfera FEDERAL	Esfera ESTADUAL	Esfera DISTRITAL	Esfera MUNICIPAL
O Congresso Nacional, com o auxílio do TCU.	A Assembleia Legislativa, com o auxílio do TCE.	A Câmara Distrital, com o auxílio do TCDF.	A Câmara Municipal, com o auxílio do TCE.

Tribunal de Contas DOS MUNICÍPIOS (Tribunal de Contas dos Municípios do Estado...) – TCM do Estado “X”

Em regra, a fiscalização dos recursos municipais é feita pelo Tribunal de Contas. No entanto, a CF autoriza que seja criado um Tribunal de Contas dos Municípios.

Este Tribunal de Contas dos Municípios, se criado, tem a função de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício do controle externo.

Assim, por exemplo, imagine que exista um Tribunal de Contas dos Municípios na Bahia. Este Tribunal irá auxiliar a Câmara Municipal de Ilhéus (BA) a fazer o controle externo dos recursos daquele Município. De igual forma, irá também atuar em relação às contas de Vitória da Conquista, Feira de Santana e todos os demais Municípios da Bahia.

Desse modo, o Tribunal de Contas dos Municípios é um órgão ESTADUAL que atua na fiscalização das contas de todos os Municípios de determinado Estado.

Atualmente, só existem três Tribunais de Contas dos Municípios: na Bahia, em Goiás e no Pará.

Nos demais Estados onde não há Tribunal de Contas dos Municípios, a competência para realizar essa fiscalização é do TCE.

Vale ressaltar que a CF/88 não proíbe que os Estados criem novos Tribunais de Contas dos Municípios.

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO (Tribunal de Contas Municipal) – TC do Município “X”

É um órgão MUNICIPAL que tem a função de auxiliar uma única Câmara Municipal no exercício do controle externo em relação a um determinado Município.

Atualmente, só existem dois Tribunais de Contas do Município: o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Assim, por exemplo, o controle externo em relação às contas do Município de São Paulo é exercido pela Câmara Municipal de São Paulo, com o auxílio técnico do TCM de São Paulo. O controle externo em relação aos demais Municípios do Estado de São Paulo (exs: Santos, Campinas, Guarulhos etc.) é exercido pelas respectivas Câmaras Municipais com o auxílio do TCE de São Paulo.

A CF/88 proíbe que sejam criados novos Tribunais de Contas do Município:

Art. 31 (...)

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Sobre o tema, confira esta didática decisão do STF:

(...) A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-membros, mediante autônoma deliberação, instituam órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (...) incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios - embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) - atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. (...)

STF. Plenário. ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02/02/1995.

Tribunais de Contas dos Municípios x Tribunal de Contas do Município

Tribunais de Contas DOS MUNICÍPIOS	Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO
Órgão estadual que atua na fiscalização das contas de todos os Municípios de determinado Estado.	Órgão municipal que atua na fiscalização das contas de um único Município.
Atua como órgão auxiliar de todas as Câmaras Municipais de determinado Estado no exercício do controle externo sobre os respectivos Municípios daquele Estado.	Atua como órgão auxiliar de uma única Câmara Municipal no exercício do controle externo sobre determinado Município.
A CF/88 permite que os Estados criem novos Tribunais de Contas dos Municípios.	A CF/88 proíbe que sejam criados novos Tribunais de Contas Municipais.
Atualmente, existem três: TCM/BA, TCM/GO e TCM/PA.	Atualmente, existem dois: TCM/Rio de Janeiro e TCM/São Paulo.

Feita esta breve revisão, vamos analisar a situação concreta julgada pelo STF:

A Procuradoria-Geral da República ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no STF afirmando que a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP) estariam sendo omissos porque até o momento não teriam instituído e regulamentado o funcionamento do Ministério Público junto à corte municipal de contas.

Explicando melhor: no Tribunal de Contas da União e nos Tribunais de Contas dos Estados existe a atuação de um Ministério Público especial. No Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP) nunca foi editada lei prevendo a atuação do Ministério Público estadual. Para a PGR, essa omissão seria inconstitucional porque o TCM-SP estaria em descompasso com a simetria, ou seja, com o modelo fixado pela Constituição Federal.

Assim, na ação, a PGR pediu que o STF determinasse ao TCM-SP e à Câmara Municipal paulistana a edição de lei municipal criando o Ministério Público especial na estrutura do TCM-SP.

Primeira pergunta: cabe ADPF neste caso?

SIM.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão.

A ADPF pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que essas omissões se afigurem lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra.

STF. Plenário. ADPF 272/DF, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

E quanto ao mérito, o STF concordou com o pedido formulado pela PGR?

NÃO. O Plenário do STF, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ADPF. Isso porque o STF entendeu que a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo não estão sendo omissos pelo fato de não terem criado o Ministério Público especial junto ao TCM.

Princípio da simetria e Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas dos Estados são organizados pelas Constituições Estaduais. Contudo, por força do princípio da simetria, as regras do TCU também são aplicadas, no que couber, aos TCE's, conforme determina o art. 75 da CF:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Vale ressaltar que o princípio da simetria previsto nesse art. 75 aplica-se:

- aos Tribunais de Contas Estaduais; e
- aos Tribunais de Contas dos Municípios.

Por outro lado, esse princípio da simetria não abrange o Tribunal de Contas do Município (TCM).

O preceito veiculado pelo art. 75 da Constituição Federal aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, excetuando-se ao princípio da simetria os Tribunais de Contas do Município.

STF. Plenário. ADPF 272/DF, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 25/3/2021 (Info 1011).

A Constituição de 1988 manteve em funcionamento os Tribunais de Contas do Município existentes na data da sua promulgação (Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Rio de Janeiro), vedando a criação de novos Tribunais de Contas municipais, nos termos do § 4º do seu art. 31.

A existência especial de dois Tribunais de Contas municipais, absorvidos pela CF/88, consagram o caráter *sui generis* e excepcional desses órgãos de controle remanescentes do modelo antes vigente.

Os Tribunais de Contas do Município — órgãos autônomos e independentes, com atuação circunscrita à esfera municipal, compostos por servidores municipais, com a função de auxiliar a Câmara Municipal no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária do respectivo Município —, distinguem-se, portanto, dos Tribunais de Contas dos Municípios — órgãos estaduais, cuja área de abrangência coincide com o território do estado ao qual vinculados.

Não existe paralelismo entre o modelo federal estabelecido ao Tribunal de Contas da União e o do Tribunal de Contas do Município, sendo essa mais uma das assimetrias constitucionais entre os entes federados, como, por exemplo, a ausência de Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Militar na esfera municipal. Dessa forma, não é obrigatória a instituição e regulamentação do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

É inconstitucional Decreto que autoriza o Ministério da Educação a nomear diretor interino de centros técnicos federais sem observância do processo eleitoral que conta com a participação da comunidade escolar

A previsão de nomeação “pro tempore”, pelo Ministro da Educação, de dirigentes de instituições de ensino federais viola os princípios da isonomia, da imparcialidade, da proporcionalidade, da autonomia e da gestão democrática do ensino público.

É cabível ação direta de inconstitucionalidade contra Decreto presidencial quando este assume feição flagrantemente autônoma, ou seja, quando não regulamenta lei, apresentando-se como ato normativo independente que inova na ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos e deveres.

STF. Plenário. ADI 6543/DF, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

Processo de escolha dos dirigentes dos Institutos Federais de Educação

O Decreto nº 4.877/2003 disciplina o processo de escolha de dirigentes no âmbito dos Centros Federais de Educação Tecnológica, Escolas Técnicas Federais e Escolas Agrotécnicas Federais.

O Decreto prevê que deverá ser realizada uma eleição interna na qual os professores, servidores e alunos regularmente matriculados irão eleger um nome.

O nome do candidato escolhido é encaminhado ao Ministro da Educação que o nomeará como Diretor-Geral do Centro Federal para um mandato de 4 anos.

Diretor-Geral pro tempore

Em 2019, o Presidente da República editou o Decreto nº 9.908, que inseriu o art. 7º-A no Decreto nº 4.877/2003 afirmando que, se o cargo de Diretor-Geral estiver vago e não houver condições de realizar todo o processo normal de escolha, o Ministro da Educação poderá nomear um Diretor-Geral provisório (“pro tempore”):

Art. 7º-A O Ministro de Estado da Educação poderá nomear Diretor-Geral *pro tempore* de Centro Federal de Educação Tecnológica, de Escola Técnica Federal e de Escola Agrotécnica Federal quando, por qualquer motivo, o cargo de Diretor-Geral estiver vago e não houver condições de provimento regular imediato.

ADI

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou ADI contra o Decreto nº 9.908/2019.

O autor argumentou que esse art. 7º-A viola a autonomia dessas instituições, garantia institucional consagrada no art. 207, caput e § 2º da CF/88:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.
(...)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Primeira pergunta: cabe ADI neste caso? É possível a impugnação do Decreto por meio de ADI?

SIM. Isso porque o Decreto nº 9.908/2019 não é um decreto meramente regulamentar, possuindo natureza jurídica de decreto autônomo, que inova o ordenamento jurídico.

Sob o aspecto formal, o Decreto nº 9.908/2019 extrai normatividade da competência prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 84 da CF/88:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Desse modo, o Decreto nº 9.908/2019 tem natureza jurídica de ato normativo federal, podendo ser objeto de questionamento em ação direta de constitucionalidade, como previsto no art. 102, I, “a”, da CF/88. O Decreto nº 9.908/2019, que alterou o Decreto nº 4.877 /2003, inovou no ordenamento jurídico. Nele foi fixada regra para nomeação, pelo Ministro da Educação, de diretor-geral temporário de instituição de ensino. Não se trata, portanto, de ato regulamentar infralegal, razão pela qual é cabível a ação direta proposta.

É cabível ação direta de constitucionalidade contra Decreto presidencial quando este assume feição flagrantemente autônoma, ou seja, quando não regulamenta lei, apresentando-se como ato normativo independente que inova na ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos e deveres.

STF. Plenário. ADI 6543/DF, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

E quanto ao mérito? O STF concordou com o pedido formulado?

SIM. O Plenário do STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ADI e declarou a constitucionalidade do art. 7º-A do Decreto nº 4.877/2003, com redação dada pelo Decreto nº 9.908/2019. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques.

Competência vinculada

A nomeação dos dirigentes dessas instituições de ensino é uma atribuição do Ministro da Educação. Vale ressaltar, no entanto, que se trata de competência vinculada, sendo exercida a partir de indicação pela comunidade escolar, com base em processo eleitoral do qual participam os corpos docente e discente e os servidores, em atenção aos princípios do pluralismo, da gestão democrática do ensino e da autonomia das entidades autárquicas:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

(...)

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

O art. 7º-A dispensou esse processo de eleição e, ao fazer isso, suprimiu a gestão democrática da entidade de ensino e restringiu o pluralismo de ideias, fundamento da organização do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se interprete a expressão *pro tempore* com o significado de interino ou temporário, a cláusula normativa é ampla e sem critério objetivo e específico que permita o controle da validade jurídica do comportamento, além de não estabelecer limitação de tempo para o exercício do cargo.

Desse modo, o preenchimento pessoal dos cargos em questão, por escolha subjetiva e sem motivação objetiva nem prazo pré-estabelecido em lei, como previsto na norma impugnada, nos casos de vacância, viola os princípios da isonomia, da imparcialidade e da proporcionalidade.

Em suma:

A previsão de nomeação “*pro tempore*”, pelo Ministro da Educação, de dirigentes de instituições de ensino federais viola os princípios da isonomia, da imparcialidade, da proporcionalidade, da autonomia e da gestão democrática do ensino público.

STF. Plenário. ADI 6543/DF, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL**COMPETÊNCIA**

Compete à Justiça estadual julgar insolvência civil mesmo que envolva a participação da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal

Importante!!!

A insolvência civil está entre as exceções da parte final do artigo 109, I, da Constituição da República, para fins de definição da competência da Justiça Federal.

STF. Plenário. RE 678162/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 859) (Info 1011).

Competências da Justiça Federal

A competência da Justiça Federal vem prevista nos arts. 108 e 109 do Texto Constitucional.

No art. 109, estão elencadas as competências dos juízes federais, ou seja, a competência da Justiça Federal de 1ª instância.

O art. 108, por sua vez, define as competências da Justiça Federal de 2ª instância, isto é, dos Tribunais Regionais Federais.

Taxativa

No âmbito cível, a competência da Justiça Federal é constitucional e taxativa (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed., Salvador: Juspodivm. 2015, p. 244). Significa dizer que as competências cíveis da Justiça Federal são previstas unicamente na Constituição Federal e que a legislação infraconstitucional não poderá ampliá-las. “A lei ordinária não tem a força de ampliar a enumeração taxativa da competência da Justiça Federal estabelecida no art. 109, I, da CF/88” (EDcl no AgRg no CC 89.783/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010).

“Como o constituinte não deixou nenhum espaço para que o legislador ordinário tratasse da matéria, o acréscimo, alteração ou subtração formulado por norma hierarquicamente inferior será inconstitucional ou inócuo, conforme o caso. Se a lei infraconstitucional acrescentar hipóteses não

previstas no art. 109 ou indicar outro órgão para os casos descritos na Lei Magna como sendo da competência da Justiça Federal, haverá manifesta constitucionalidade. Por outro lado, na simples repetição de previsão já inclusa na competência da Justiça Federal, nenhum conteúdo normativo ou inovador defluirá do escrito, valendo como simples lembrança ou perda de tinta e papel.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Competência Cível da Justiça Federal. São Paulo: RT, 2012, p. 45).

Inciso I do art. 109

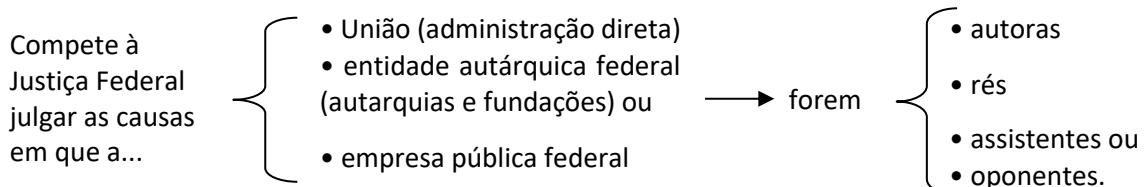
Confira o que diz o art. 109, I, da CF/88:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Este inciso refere-se à competência cível da Justiça Federal.

Trata-se de competência estabelecida em função da pessoa (*ratione personae*).



Não serão de competência da Justiça Federal comum as causas de:

- falência;
- acidentes de trabalho
- as demandas sujeitas à Justiça Eleitoral e
- as demandas sujeitas à Justiça do Trabalho.

Insolvência civil

A insolvência civil é uma espécie de execução coletiva e universal em que todo o patrimônio do devedor civil (não empresário) será liquidado para satisfação de suas obrigações (Min. Luis Felipe Salomão).

É como se fosse uma “falência”, com a diferença que se trata de devedor civil (e a falência atinge devedor empresário).

A insolvência civil era disciplinada pelos arts. 748 a 786-A do CPC/1973.

O CPC/2015 afirmou que o legislador deverá editar uma lei disciplinando a insolvência civil. No entanto, enquanto não for elaborada essa legislação, permanecem em vigor os artigos do CPC/1973 que tratam sobre o tema. Veja:

Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

A insolvência civil também se enquadra na exceção prevista na parte final do inciso I do art. 109 da CF/88? Se uma insolvência civil envolver órgão ou entidade federal, ela mesmo assim terá que ser julgada pela Justiça Estadual?

SIM. O inciso I do art. 109 fala apenas em “falência”, mas deve-se interpretar essa expressão de forma genérica de modo que abrange também os processos de “recuperação judicial” e de “insolvência civil”. Previsão expressa nesse sentido veio no art. 45, I, do CPC/2015:

Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, exceto as ações:

I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho;

Assim, os processos de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho serão julgados pela Justiça Estadual.

O STF decidiu no mesmo sentido:

A insolvência civil está entre as exceções da parte final do artigo 109, I, da Constituição da República, para fins de definição da competência da Justiça Federal.

STF. Plenário. RE 678162/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 859) (Info 1011).

O termo “falência”, contido na parte final do art. 109, I, da Constituição Federal compreende a insolvência civil. Por essa razão, compete à Justiça comum estadual, e não à federal, processar e julgar as ações de insolvência civil ainda que haja interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

A interpretação constitucional que traduz maior fidelidade ao comando constitucional recomenda que se afaste o elemento puramente literal da norma e se busque o sentido que melhor atenda à finalidade que impulsionou o legislador constituinte, bem como ao comando normativo em si mesmo considerado, qual seja, de que a falência, nesse rol de exceções à competência da Justiça federal de primeira instância, significa tanto a insolvência da pessoa jurídica quanto a insolvência da pessoa física, dado que ambas envolvem, em suas respectivas essências, concurso de credores.

Além disso, não obstante a Constituição Federal não tenha excepcionado a insolvência civil, não há razões que justifiquem a adoção de critério distinto de fixação de competência entre a falência e a insolvência civil.

Vale ressaltar que esse já era o entendimento pacífico do STJ e da doutrina:

(...) 2. O art. 109, I, da Constituição Federal afasta a competência da Justiça Federal para julgamento das ações falimentares, mesmo na hipótese em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas.

3. Ausência de razões que justifiquem a adoção de critério diverso de fixação de competência entre a falência e a insolvência civil.

4. Hipótese em que a Agência Nacional de Saúde - ANS - não é parte na relação processual, e mesmo que tivesse interesse no resultado da demanda, por haver decretado a liquidação extrajudicial da sociedade autora, não se justificaria o deslocamento da competência para a Justiça Federal. (...)

6. Dispõe o art. 45, I, do CPC/2015 que os autos devem ser remetidos ao Juízo Federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, exceto as ações de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho. (...)

STJ. 2ª Seção. CC 144.238/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 24/08/2016.

DIREITO PENAL

CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do CP, devendo ser aplicada a pena prevista antes da Lei 9.677/98, qual seja, de 1 a 3 anos

Importante!!!

Atualize o Info 559-STJ

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

STF. Plenário. RE 979962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 1003) (Info 1011).

O julgado que irei analisar agora diz respeito ao art. 273, § 1º-B do Código Penal. No entanto, com o intuito de melhor compreender o que foi decidido vou fazer uma revisão geral sobre o art. 273, que é um dispositivo frequentemente cobrado nas provas de concurso.

CRIME DO CAPUT: O DELITO DO “FALSIFICADOR” DO PRODUTO

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (**Redação dada pela Lei nº 9.677/98**)

Em que consiste o crime do caput:

- O sujeito ativo do crime (que pode ser qualquer pessoa)
- falsifica (imita fraudulentamente o original)
- corrompe (altera para pior)
- adultera (deturpa)
- ou altera (muda de qualquer outra forma)
- produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Exemplo: João possui um laboratório clandestino no qual ele falsifica o remédio Viagra para depois vendê-lo no mercado paralelo.

Conceito de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (§ 1º-A)

O *caput* do art. 273 fala em produtos terapêuticos ou medicinais. Quando você lê essa expressão, pensa logo em remédios e outros medicamentos. Isso está certo. Remédios e medicamentos estão incluídos aí. Ocorre que o legislador resolveu ampliar ainda mais essa expressão e incluiu no âmbito de proteção do tipo penal outros produtos além de medicamentos. Veja o que diz o § 1º-A do art. 273:

§ 1º-A Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

Desse modo, quando o art. 273 pune a pessoa que falsificar, adulterar etc. produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, ele está incluindo os seguintes produtos:

- medicamentos;
- matérias-primas utilizadas para fazer produtos terapêuticos ou medicinais;
- insumos farmacêuticos (substâncias utilizadas para produzir medicamentos);
- cosméticos (exs: batons, sombra, cremes de beleza etc.);
- saneantes (substâncias destinadas à higienização, desinfecção etc., como é o caso de detergentes, alvejantes, desinfetantes, inseticida, entre outros).
- produtos de uso em diagnóstico (substâncias utilizadas para detecção de doenças).

Discussão sobre a constitucionalidade desse § 1º-A

A justificativa para o legislador ter incluído outros produtos como cosméticos e alvejantes nesta expressão é a de que tais substâncias direta ou indiretamente poderão afetar a saúde humana, assim como os medicamentos. Se uma mulher utiliza um creme facial falsificado, por exemplo, isso poderá causar efeitos nocivos em sua pele e até outros problemas de saúde mais graves, como infecções etc. O mesmo pode acontecer com alvejantes que tenham sido adulterados. Daí o motivo de o legislador ter punido com o mesmo rigor quem falsifica tais produtos.

O argumento acima exposto não convence, contudo, boa parte da doutrina.

O § 1º-A do art. 273 foi inserido ao Código pela Lei nº 9.677/98 e muitos autores afirmam que essa inclusão foi inconstitucional por afrontar o princípio da proporcionalidade. Alberto Silva Franco, por exemplo, sustenta que não há como equiparar a falsificação de medicamentos com a de cosméticos, sendo a primeira conduta muito mais grave que a segunda, recebendo, no entanto, a mesma punição. Haveria, portanto, uma violação ao princípio da proporcionalidade. Essa é a posição também de Luiz Régis Prado, ambos citados por MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*, Vol. 3, p. 328.

Apesar da crítica doutrinária, não existe julgado do STJ ou do STF declarando inconstitucional essa equiparação, de forma que, para fins de concurso, esse § 1º-A continua válido e aplicável, especialmente em provas objetivas. Em provas discursivas, práticas e orais, em especial da Defensoria Pública, penso que vale a pena fazer o registro sobre essa importante posição doutrinária.

CRIME DO § 1º: O DELITO DO “VENDEDOR” DE PRODUTO FALSIFICADO

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Neste § 1º a lei pune não o agente que falsificou, corrompeu, adulterou ou alterou o produto. Isso é sancionado pelo caput. Aqui no § 1º o Código pune a pessoa que:

- vende (formal ou informalmente)
- expõe à venda (quando a polícia chega no local, o agente não está vendendo, mas o produto está na prateleira, p. ex.)
- tem em depósito para vender (quando os fiscais da ANVISA chegam, encontram vários produtos no estoque, p. ex.)
- distribui (repassa para outras pessoas)
- ou entrega a consumo (fornece, ainda que gratuitamente, para alguém usar/consumir)
- produto terapêutico ou medicinal falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Desse modo, o agente do § 1º é o segundo elo da cadeia criminosa. João possui um laboratório clandestino no qual ele falsifica o remédio Viagra; após estarem prontos, os medicamentos são repassados para Pedro, que os vende no centro da cidade em uma drogaria clandestina. João responderá pelo caput e Pedro pelo § 1º.

Obs: quando este § 1º fala em “produto”, devemos entender o conceito amplo dado pelo § 1º-A. Assim, quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender um cosmético ou um saneante falsificado, por exemplo, responderá pelo crime do art. 273, § 1º do CP.

CRIME DO § 1º-B: O DELITO DO “VENDEDOR” DE PRODUTO EQUIPARADO A FALSIFICADO

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Lei 9.677/98

O § 1º-B foi inserido no art. 273 do CP por força da Lei nº 9.677/98.

O objetivo do legislador foi o de punir pessoas que vendem determinados “produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais” e que, embora não se possa dizer que sejam falsificados, estão em determinadas condições que fazem com que seu uso seja potencialmente perigoso para a população. Em simples palavras, o legislador disse o seguinte: se o produto for vendido nas condições listadas nos incisos do § 1º-B, a pessoa que vendeu será punida como se ele fosse falsificado. Foi feita uma presunção de que comercializar produtos terapêuticos ou medicinais nas condições do § 1º-B é tão perigoso como vender produtos falsificados.

Em que consiste o delito do § 1º-B:

No § 1º-B a lei pune o agente que:

- vende (formal ou informalmente)
- expõe à venda (quando a polícia chega no local, o agente não está vendendo, mas o produto está na prateleira, p. ex.)
- tem em depósito para vender (quando os fiscais da ANVISA chegam, encontram vários produtos no estoque, p. ex.)
- distribui (repassa para outras pessoas)
- ou entrega a consumo (fornece, ainda que gratuitamente, para alguém usar/consumir)
- produto terapêutico ou medicinal que se enquadre em um dos incisos do § 1º-B.

Inciso I: produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente

Existem determinados produtos terapêuticos ou medicinais que só podem ser comercializados se forem previamente registrados e aprovados pelos órgãos de vigilância sanitária.

Esse registro é feito na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que é uma autarquia federal, sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde.

Para a configuração do crime previsto no art. 273, §§ 1º e 1º B, I, não se exige perícia, bastando a ausência de registro na ANVISA, obrigatório na hipótese de insumos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. STJ. 5ª Turma. HC 177.972-BA, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 28/8/2012.

Inciso II: produto em desacordo com a fórmula constante do registro no órgão de vigilância sanitária

Ocorre quando o sujeito vende, expõe à venda etc. produto que foi registrado na ANVISA, mas a fórmula dele está diferente daquela que foi registrada.

Inciso III: produto sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização

A ANVISA possui resoluções nas quais impõe as características de identidade e qualidade que os produtos terapêuticos ou medicinais precisam possuir para serem comercializados.

Caso o sujeito venda, exponha à venda etc. produto que não atenda a essas normas técnicas da ANVISA, ele responderá por este crime.

Inciso IV: produto com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade

Em palavras simples, valor terapêutico de um medicamento é o seu grau de eficácia para aliviar ou curar a doença apresentada pelo paciente.

Aqui também terão que ser considerados aspectos técnicos disciplinados pela ANVISA.

Inciso V: produto de procedência ignorada

Pune-se o agente que vende produto terapêutico ou medicinal cuja origem se desconhece.

Ex: sujeito que vende um medicamento importado, mas no rótulo não se informa em qual país foi produzido.

Inciso VI: produto adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente

Os estabelecimentos que produzem produtos terapêuticos ou medicinais precisam também de registro na ANVISA. Assim, se uma empresa produz medicamentos fitoterápicos industrializados, por exemplo, ela precisa estar registrada na ANVISA. Imagine que esta empresa não esteja e que João compre os produtos e os revenda em sua drogaria. João responderá pelo inciso VI, e os responsáveis pela empresa pelo inciso I.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA PREVISTA PARA O § 1º-B DO CP

Como vimos, o § 1º-B foi acrescentado ao art. 273 pela Lei nº 9.677/98.

O legislador determinou que a conduta do § 1º-B fosse sancionada com a mesma pena do caput do art. 273. A pena do art. 273 também foi aumentada pela Lei nº 9.677/98.

Assim, para o legislador, a conduta de quem comercializa um produto não necessariamente falsificado, mas nas condições irregulares do § 1º-B, deve ser punida com uma pena de 10 a 15 anos de reclusão.

Ocorre que essa pena é muito alta e, por conta disso, começou a surgir entre os advogados que militam na área a constante alegação de que essa pena seria inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade.

Código Penal	
Antes da Lei nº 9.677/98	Depois da Lei nº 9.677/98
A pena do art. 273 era de 1 a 3 anos e multa.	A pena passou a ser de 10 a 15 anos e multa.

A tese foi acolhida pelo STF? A pena prevista para o crime do § 1º-B do art. 273 do CP, fixada por força da Lei nº 9.677/98, é inconstitucional?

SIM. O STF, ao analisar um caso concreto envolvendo o inciso I do § 1º-B do art. 273 do CP, afirmou que sim:

É inconstitucional a combinação da pena em abstrato atualmente prevista no art. 273 do Código Penal — reclusão, de dez a quinze anos, e multa — para a importação de medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, conduta tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do CP.

A mudança promovida pela Lei nº 9.677/98, neste ponto específico, violou a vedação de penas cruéis e afrontou os princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e o da individualização da pena.

Violão ao princípio da individualização da pena

Presente contexto de clamor público, houve a modificação do art. 273 do CP pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios), inclusive com a criação de figuras delitivas.

Com isso, o Código Penal passou a equiparar situações de fato bastante distintas quanto à conduta e as consequências potenciais. Põe-se a mera importação e comercialização de medicamento sem registro sanitário com as mesmas penas da falsificação ou da adulteração de medicamentos. Percebe-se, portanto, que a norma penal tratou idêntica gravidade situações que merecem reprovabilidade diferentes. Ora, importar e comercializar medicamento sem registro na ANVISA não tem a mesma reprovabilidade que a conduta de falsificar ou adulterar um medicamento.

Ao prever a mesma pena para situações com gravidades tão diferentes, o legislador violou o princípio da individualização da pena, que tem assento constitucional:

Art. 5º (...)
XLVI - a lei regulará a individualização da pena (...)

Violão ao princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade proíbe a proteção deficiente e também o excesso de punição. No caso concreto, a pena mínima prevista para a conduta de importar ou comercializar medicamento sem registro na ANVISA é a mesma que aquela imposta para o estupro de vulnerável, a extorsão mediante sequestro e a tortura seguida de morte.

Em matéria penal, a proporcionalidade deve levar em conta a importância do bem jurídico tutelado, o grau de afetação do bem jurídico, o elemento subjetivo e a forma de participação do agente no delito. Dessa maneira, é evidente a desproporcionalidade do preceito secundário impugnado considerada a conduta específica de importar medicação sem registro sanitário.

Pode-se mencionar, ainda, como argumentação adicional que essa pena imposta afrontou a proibição imposta pela Constituição no sentido de que o legislador preveja penas cruéis e incomuns.

**Dianete da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do CP, o que fazer?
Qual pena deverá ser aplicada no lugar?**

O STJ tinha a seguinte posição: deve-se aplicar a pena do tráfico de drogas, prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33 (...)
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O STF não concordou com essa solução jurídica.

Embora possa parecer razoável, permitir a aplicação de norma secundária de outro tipo penal poderia gerar insegurança jurídica.

Para o STF, como a Lei nº 9.677/98 foi declarada inconstitucional neste ponto, a pena anterior deverá voltar a produzir seus efeitos. É o chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Assim, aplicam-se os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, com o retorno do preceito secundário do art. 273 do CP em sua redação original — reclusão, de um a três anos, e multa — na hipótese de importação de medicamentos sem o mencionado registro.

**Essa decisão do STF vale apenas para o inciso I do § 1º-B do art. 273 ou também para os demais incisos?
Apenas para o inciso I.**

Não foi declarada a inconstitucionalidade de toda a alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.677/98 no art. 273 do CP.

Confira a tese fixada pelo STF:

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

STF. Plenário. RE 979962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 1003) (Info 1011).

E o STJ?

O STJ, há muitos anos, já possui entendimento consolidado no sentido de que o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal é INCONSTITUCIONAL. Neste ponto, dois Tribunais estão de acordo. O STJ, contudo, possui (ou, pelo menos, possuía) duas conclusões que são diferentes daquilo que o STF decidiu no Tema 1003:

STF	STJ
A declaração de inconstitucionalidade somente se aplica para o inciso I do § 1º-B do art. 273.	A declaração de inconstitucionalidade se aplicava para outros incisos do § 1º-B do art. 273.
Deve-se aplicar no lugar do preceito secundário atual, a pena prevista antes da alteração promovida pela Lei nº 9.677/98 (1 a 3 anos).	Afirmava que deveria ser utilizada a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006), com base em aplicação analógica.

Provavelmente, o STJ irá se curvar ao entendimento firmado pelo STF nesses dois pontos.

Noções gerais aplicáveis aos delitos do caput, do § 1º e do § 1º-B

Bem jurídico protegido: saúde pública.

Sujeito ativo: o delito pode ser praticado por qualquer pessoa (crime comum).

Sujeito passivo: é a coletividade (crime vago).

Elemento subjetivo:

No caput e no § 1º o agente deve agir com dolo (não se exige finalidade específica).

No § 2º existe uma modalidade culposa com pena menor. Veja:

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Exemplo de crime culposo: farmacêutico de uma farmácia de manipulação que, por descuido, derruba acetona em cápsulas de medicamento que estavam prontas para acondicionamento (MASSON, Cleber, p. 332).

Tipo misto alternativo:

Trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, o legislador descreveu várias condutas (verbos), no entanto, se o sujeito praticar mais de um verbo, no mesmo contexto fático e contra o mesmo objeto material, responderá por um único crime, não havendo concurso de crimes nesse caso. Ex: João importa um remédio falsificado do Paraguai, mantém em depósito para vender, depois expõe à venda em sua drogaria clandestina e, por fim, vende para um consumidor. Responderá uma única vez pelo art. 273, § 1º do CP e não por quatro crimes em concurso.

Consumação:

O crime é **formal**, ou seja, consuma-se com a prática de qualquer dos verbos descritos no tipo penal. Não depende, para a sua consumação, da ocorrência de um resultado naturalístico.

Tendo havido a venda, fornecimento, entrega etc., o crime já se consumou, mesmo que a pessoa que comprou ou recebeu o produto nem a utilize. Repetindo: não se exige o efetivo consumo para que o delito se consuma. Também não é necessário que a vítima tenha algum problema de saúde por conta da substância. O delito é formal, basta a conduta, não se exigindo resultado. Trata-se de crime de perigo comum ou abstrato, de modo que a lei presume, de forma absoluta, que foi produzido um risco para outras pessoas e, só por esse fato, a conduta já é punida.

(...) desnecessária a realização de exame pericial para comprovar a prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, do CP, uma vez que se trata de delito formal, que se satisfaz com a venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo de produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, sendo exatamente esse o caso dos autos. (...)
STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 198.307/PR, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013.

Se houver algum resultado nocivo à saúde das pessoas

Vimos acima que o crime se consuma mesmo que não haja nenhum resultado nocivo à saúde das pessoas que usaram o produto. Mas e se houver? Caso seja causado algum mal à saúde do indivíduo, haverá um aumento da pena?

SIM. O art. 285 do CP determina que se o agente praticar o art. 273, *caput*, § 1º ou § 1º-B (modalidades dolosas do crime), isso pode acarretar um aumento da pena nos seguintes termos:

- se resultar lesão corporal de natureza grave: a pena privativa de liberdade é aumentada de metade;
- se resultar morte: é aplicada em dobro.

No caso de culpa (§ 2º do art. 273):

- se do fato resulta lesão corporal: a pena aumenta-se de metade;
- se resulta morte: aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Crimes hediondos:

Vale ressaltar que os delitos previstos no *caput*, no § 1º e no § 1º-B do art. 273 são crimes hediondos.

Só a forma culposa (§ 2º do art. 273) não é crime hediondo. Todas as modalidades dolosas o são.

(DPE/SC 2012) A corrupção, a adulteração, a falsificação ou a alteração de substância ou produto alimentício destinado ao consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, e a falsificação, a corrupção, a adulteração e a alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais são consideradas condutas contrárias à saúde pública, mas somente estas, se praticadas dolosamente, são consideradas hediondas. (certo)

Competência

A competência para julgar os delitos do art. 273, *caput*, § 1º e § 1º-B, em regra, é da Justiça estadual.

Tais crimes somente serão de competência da Justiça Federal, quando evidenciada a transnacionalidade da conduta ou a presença de conexão instrumental ou probatória (STJ. 3ª Seção. CC 126.223/SP, julgado em 08/05/2013).

Substância destinada à falsificação

Cuidado. “Pegadinha”. Se o agente é surpreendido vendendo substância destinada à falsificação de produtos terapêuticos ou medicinais, responderá pelo art. 277 do CP:

Art. 277. Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Vale ressaltar que o agente, para ser responsabilizado por este crime, deve saber que essa substância será utilizada para falsificação de outros produtos.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EXECUÇÃO PENAL (REMIÇÃO DA PENA)

As 1.200h ou 1.600h, dispostas na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, com base nas quais serão calculados os dias a serem remidos

A Resolução CNJ nº 44/2013 menciona a carga horária de 1.600 horas para o ensino fundamental, e 1.200 horas para o ensino médio, que se refere ao percentual de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino.

Considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio, ou seja, 1.200 horas, deve-se dividir esse total por 12, encontrando-se o resultado de 100 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENEM.

Se a aprovação foi no ENCCEJA (ensino fundamental), deve-se dividir as 1.600 horas por 12, encontrando-se o resultado de 133 dias, desprezando-se a fração. Se o apenado obteve aprovação em todas as cinco áreas de conhecimento, faz jus ao total de 133 dias de remição, acrescidos de bônus de 1/3, nos termos do art. 126, § 5º, da Lei de Execução Penal, perfazendo o total de 177 dias remidos por estudo.

STJ. 3ª Seção. HC 602.425/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/03/2021 (Info 689).

Para o cálculo de dias remidos pelo estudo, a Recomendação 44/2013 do CNJ orienta-se pelos parâmetros previstos na Resolução 3/2010 do Conselho Nacional de Educação, a qual, todavia, deve ser conjugada com a carga horária prevista na Lei nº 9.394/96, por se tratar de interpretação mais benéfica ao réu.

STF. 2ª Turma. HC 190806 AgR/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30/3/2021 (Info 1011).

NOÇÕES GERAIS SOBRE A REMIÇÃO

O art. 126 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) estabelece:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

O art. 126 da LEP trata, portanto, da remição (ato de remir).

O que é a remição?

Remição é...

- o direito que possui o condenado ou a pessoa presa cautelarmente
- de reduzir o tempo de cumprimento da pena
- mediante o abatimento
- de 1 dia de pena a cada 12 horas de estudo ou
- de 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho.

É uma forma de estimular e premiar o condenado para que ocupe seu tempo com uma atividade produtiva (trabalho ou estudo), servindo, ainda, como forma de ressocialização e de preparação do apenado para que, quando termine de cumprir sua pena, possa ter menos dificuldades de ingressar no mercado de trabalho.

O tempo remido será considerado como pena cumprida, para todos os efeitos (art. 128).

Obs: a remição de que trata a LEP é com “ç” (remição). Remissão (com “ss”) significa outra coisa, qual seja, perdão, renúncia etc., sendo muito utilizada no direito civil (direito das obrigações) para indicar o perdão do débito.

Remição pelo TRABALHO	Remição pelo ESTUDO
A cada 3 dias de trabalho, diminui 1 dia de pena.	A cada 12 horas de estudo, diminui 1 dia de pena.
<i>Obs.: somente poderão ser considerados, para fins de remição, os dias em que o condenado cumprir a jornada normal de trabalho, que não pode ser inferior a 6h nem superior a 8h (art. 33).</i>	<i>Obs.: as 12 horas de estudo deverão ser divididas em, no mínimo, 3 dias.</i>
Somente é aplicada se o condenado cumpre pena em regime fechado ou semiaberto. <i>Obs.: não se aplica se o condenado estiver cumprindo pena no regime aberto ou se estiver em livramento condicional.</i>	Pode ser aplicada ao condenado que cumpre pena em regime fechado, semiaberto, aberto ou, ainda, que esteja em livramento condicional . Atenção: perceba a diferença em relação à remição pelo trabalho.

É possível a remição para condenados que cumprem pena em regime aberto?

- Remição pelo trabalho: NÃO.
- Remição pelo estudo: SIM.

Outras regras importantes sobre a remição:

- As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (§ 2º do art. 126).
- É possível que o condenado cumule a remição pelo trabalho e pelo estudo, desde que as horas diárias de trabalho e de estudo sejam compatíveis (§ 3º do art. 126).
- O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos, continuará a beneficiar-se com a remição (§ 4º do art. 126).
- O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) caso o condenado consiga concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena (§ 5º do art. 126).
- A remição pode ser aplicada para a pessoa presa cautelarmente (§ 7º do art. 126). Assim, se o indivíduo está preso preventivamente e decide trabalhar, esse tempo será abatido de sua pena caso venha a ser condenado no futuro.
- A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (§ 8º do art. 126).

CORRETA INTERPRETAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO 44/2013-CNJ

EJA

Os jovens e adultos que não conseguiram estudar na época própria poderão fazer cursos mais rápidos e, em seguida, realizar provas para adquirir a escolaridade que não obtiveram. Isso é conhecido como EJA (Educação de Jovens e Adultos). EJA é o nome atual daquilo que durante muito tempo era chamado de “supletivo”.

Existe o EJA para se concluir o Ensino Fundamental e o EJA para se terminar o Ensino Médio.

Para ser aluno do EJA Ensino Fundamental, é necessário ter no mínimo 15 anos e, para o EJA Ensino Médio é preciso ser maior que 18 anos.

Carga horária

O EJA é regulamentado pela Resolução nº 03/2010, do Conselho Nacional de Educação (CNE).

A Resolução prevê que a duração mínima do curso presencial de EJA é:

- para o Ensino Médio: 1.200 (mil e duzentas) horas.
- para o Ensino Fundamental: 1.600 (mil e seiscentas) horas.

Encceja

Encceja é a sigla de “Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos”.

Trata-se de uma prova aplicada pelo Instituto Nacional de Ensino e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Se o candidato for aprovado, ele obtém o diploma do Ensino Fundamental ou do Ensino Médio, conforme ele tenha prestado.

Para fazer o Encceja não é necessário que o candidato tenha feito algum curso do EJA. Ao ser aprovado no Encceja, a legislação já considera que o indivíduo demonstrou ter o conhecimento necessário para receber aquele nível de escolaridade.

Recomendação nº 44/2013-CNJ

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 44, que dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo.

A Recomendação diz que:

- se o apenado não estiver vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal (ele está estudando por conta própria)
- mesmo assim ele poderá fazer o Encceja ou o Enem
- e, se for aprovado, terá direito à remição na forma do § 5º do art. 126 da LEP:

Art. 126 (...)

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

No caso do apenado que estava estudando por conta própria e foi aprovado no exame, como calcular esse 1/3? Trata-se de 1/3 acrescido sobre quanto tempo? Esse 1/3 é somado a que período de tempo?

O tema é tratado pela Recomendação nº 44/2013, no entanto, de forma um pouco confusa.

A Recomendação diz que esse 1/3 é calculado sobre “50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino”. Assim, o tempo de estudo do apenado seria considerado da seguinte maneira: 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino + 1/3.

Veja a redação da Recomendação:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

(...)

IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio]

- art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio;

Surgiu uma divergência de interpretação a respeito do sentido da expressão “50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino”:

- 1ª corrente: seria 50% de 1.600 horas (para o ensino fundamental) ou 50% de 1.200 horas (para o ensino médio ou profissionalizante). Isso significa que, para essa corrente, 50% = 800 horas (ensino fundamental) ou 50% = 600 horas (ensino médio ou profissionalizante). Essas 800 ou 600 horas seriam somadas com 1/3 e teríamos o período que poderia ser objeto de remição. Foi a posição sustentada por alguns membros do Ministério Público.
- 2ª corrente: quando a Recomendação fala em 50% ela já está dizendo que isso é igual a 1.600 horas (para o ensino fundamental) ou 1.200 horas (para o ensino médio ou profissionalizante). Assim, 50% = 1.600 horas (ensino fundamental) ou 50% = 1.200 horas (ensino médio ou profissionalizante). Foi a posição sustentada pelas defesas dos apenados. Essas 1.600 ou 1.200 horas seriam somadas com 1/3 e teríamos o período que poderia ser objeto de remição.

Desse modo, por exemplo, se o apenado for aprovado no ENCCEJA, devemos considerar que ele estudou um total de 1.600 horas. Essas 1.600 horas deverão ser divididas por 12 (art. 126, § 1º, I, da LEP) e o resultado disso é 133,3333333333333, que deve ser arredondado para 133.

Em seguida, esses 133 são somados com o 1/3 de que trata o § 5º do art. 126 da LEP. O resultado é igual a 144 dias (arredondado). Assim, o apenado terá direito a um desconto total de 177 dias de sua pena.

Qual das duas posições foi adotada pelo STJ?

A 2ª corrente.

As 1.200h ou 1.600h, dispostas na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, com base nas quais serão calculados os dias a serem remidos.

STJ. 3ª Seção. HC 602.425/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/03/2021 (Info 689).

A controvérsia diz respeito à remição da pena no patamar de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental, em virtude da aprovação no Encceja.

Questiona-se se as 1.200h/1.600h dispostas na Recomendação nº 44/2013 do CNJ já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino ou se os 50% incidirão sobre essas 1.200h/1.600h.

A intenção do legislador ao tratar sobre a remição foi a de valorizar a capacitação profissional do interno estimular comportamentos que propiciem a readaptação de presos ao convívio social.

Assim, a interpretação deve ser a mais benéfica ao apenado.

Quando a Resolução CNJ nº 44/2013 menciona a carga horária de 1.600 horas para o ensino fundamental e 1.200 horas para o ensino médio, refere-se ao percentual de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino.

Interpretar que as 1.600 horas mencionadas pelo art. 1º, IV, da Recomendação nº 44/2013, do CNJ, correspondem a 50% da carga horária definida é justamente cumprir o dispositivo.

O Conselho Nacional de Educação não estabeleceu 1.600 horas anuais como o máximo possível, o que permite uma carga horária superior a isso.

Essa forma de parametrar a interpretação da lei é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna”.

Veja alguns julgados no mesmo sentido:

A Resolução CNJ n. 44/2013 menciona a carga horária de 1.600 horas para o ensino fundamental, e 1.200 horas para o ensino médio, que se refere ao percentual de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino. Considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio, ou seja, 1.200 horas, deve-se dividir esse total por 12, encontrando-se o resultado de 100 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENEM. Na hipótese, como o paciente obteve aprovação em todas as cinco áreas de conhecimento do ENEM, a remição deve corresponder à 100 dias. Ademais, o respectivo artigo prevê ainda em seu § 5º que o tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 no caso de conclusão do ensino médio durante o cumprimento da pena, razão pela qual o paciente deve ver remido 133 dias de sua pena. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o direito do paciente à remição da pena, em razão de sua aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), no total de 133 dias.

STJ. 5ª Turma. HC 424.780/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 11/09/2018.

Se o executado já foi beneficiado, anteriormente, com a remição de 78 dias de pena em virtude da aprovação em duas das cinco áreas de conhecimento do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA (ensino fundamental), sua aprovação superveniente nas três áreas de conhecimento remanescentes do exame somente lhe dá direito à remição de mais 99 dias de pena, correspondentes a 26,6 dias de remição (133 dias remidos divididos por 5) por área de aprovação, mais 44 (quarenta e quatro) dias equivalentes a 1/3 devido pela conclusão de todo o exame, o que totaliza 177 (cento e setenta e sete) dias, como ocorreu no caso concreto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 605.344/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 08/09/2020.

O STF possui o mesmo entendimento do STJ

Para o cálculo de dias remidos pelo estudo, a Recomendação 44/2013 do CNJ orienta-se pelos parâmetros previstos na Resolução 3/2010 do Conselho Nacional de Educação (CNE), a qual, todavia, deve ser conjugada com a carga horária prevista na Lei nº 9.394/96, por tratar-se de interpretação mais benéfica ao réu.

STF. 2ª Turma. HC 190806 AgR/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30/3/2021 (Info 1011).

É mais adequado e justo aplicar as orientações da Recomendação 44/2013/CNJ a partir de uma interpretação *in bonam partem*.

Ainda que a Educação de Jovens e Adultos (EJA) seja a modalidade de ensino oferecida nos estabelecimentos prisionais, regida pelas diretrizes e carga horária fixadas na Resolução 3/2010 do CNE, é justamente por propiciar aos seus aderentes novas inserções no mundo do trabalho, na vida social e na abertura dos canais de participação, fixando-se como instrumento para a educação ao longo da vida, na linha do que preceitua o art. 205 da Constituição Federal, é que se deve tomar como parâmetro, para fins de remição de pena pelo estudo, a carga horária prevista na Lei nº 9.394/96.

Essa solução homenageia, de modo mais adequado e proporcional, o educando que, como no caso, mesmo sem orientação de um profissional da educação e recluso em local totalmente desfavorável para tanto, colocou-se a estudar e, por esforço próprio, concluiu uma das etapas do ensino (o fundamental).

Com base nesse entendimento, a 2ª Turma do STF, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de *habeas corpus*. Determinou seja aplicado, em benefício da paciente, o total de 1.600 horas de estudo por aprovação no ENCCEJA, o qual deve ser dividido por 12 horas, encontrando-se o resultado de 133 dias. Em seguida, considerando o acréscimo de 1/3 decorrente da incidência do § 5º do art. 126 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) — pois a paciente concluiu o ensino fundamental —, determinou que a ela seja concedido o direito ao desconto total de 177 dias de sua reprimenda.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

Não é possível que, por meio de simples decreto, a pretexto de fixar prazo de pagamento, se exija o recolhimento antecipado do ICMS na entrada da mercadoria no Estado-membro

Atenção! PGE

A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito.
A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal.
 STF. Plenário. RE 598677/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 456) (Info 1011).

ICMS

O ICMS é um imposto estadual previsto no art. 155, II, da CF 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)?

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. Se o adquirente revender o produto, incidirá novamente ICMS no momento da revenda, mas o fato gerador será essa nova comercialização.
---	---------------	---

Imagine a seguinte situação hipotética:

Determinada empresa localizada no Estado do Rio Grande do Sul comprou mercadorias (chocolates, bombons etc.) adquiridas de um vendedor localizado no Estado do Paraná.

As mercadorias adquiridas seriam posteriormente revendidas.

Em um caso como esse, deve-se aplicar a alíquota interestadual no Estado de origem e o Estado de destino somente tributará pelo ICMS a operação futura, no momento da nova saída da mercadoria.

Ocorre que o Estado do Rio Grande do Sul editou decreto prevendo a possibilidade de o Fisco estadual exigir a antecipação de pagamento do ICMS devido na hipótese de transferência interestadual de diversas mercadorias para destinatário contribuinte do imposto.

Vale ressaltar que não estamos falando de substituição tributária. O referido Decreto autorizava a antecipação tributária no regime normal de tributação, ou seja, sem substituição tributária. O caso, portanto, é de ICMS próprio (e não ICMS substituição).

Ação questionando a previsão

Determinada empresa ingressou com ação questionando esse decreto e afirmando que essa antecipação do pagamento somente poderia ocorrer por meio de lei em sentido estrito. Teria havido, portanto, violação ao princípio da legalidade (art. 150, I, da CF/88).

O Estado-membro argumentou que a fixação do prazo de pagamento dos tributos não precisa ser feita por intermédio de lei, podendo ser regulada mediante decreto.

O Decreto poderia ter previsto essa antecipação?

NÃO.

Alguns de vocês podem estar pensando: mas eu li em algum lugar que o prazo para pagamento do tributo não está sujeito ao princípio da legalidade, ou seja, pode ser fixado por meio de decreto... isso é verdade?

SIM. O prazo para pagamento do tributo pode ser fixado por meio de decreto.

Segundo entende o STF, a exigência da reserva legal não se aplica à fixação de prazo para o recolhimento do tributo. Isso porque o prazo para o pagamento da exação não foi listado no rol do art. 97 do CTN, que prevê os elementos que integram a regra matriz de incidência tributária e que, portanto, devem ser tratados por meio de lei:

CTN/Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

O prazo para pagamento (tempo do pagamento) pode ser fixado pela legislação tributária, nos termos do art. 160 do CTN:

Art. 160. Quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento.

Parágrafo único. A legislação tributária pode conceder desconto pela antecipação do pagamento, nas condições que estabeleça.

A expressão “legislação tributária” é mais ampla e abrange também os decretos:

Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

No caso concreto, esse decreto gaúcho não tratou sobre prazo para pagamento do tributo? Não poderia ser aplicado esse entendimento do STF?

NÃO. Esse é o grande ponto. O decreto não se limitou a tratar sobre prazo para pagamento do tributo. O decreto determinou o pagamento do ICMS antes de o fato gerador ter ocorrido.

Antes da ocorrência do fato gerador, não há obrigação tributária nem crédito constituído. Desse modo, se o fato gerador ainda não ocorreu, não há que se falar em prazo de pagamento, uma vez que ainda nem existe dever de pagar.

Ao se antecipar o surgimento da obrigação tributária, o que se está fazendo é a antecipação, por ficção, da ocorrência do fato gerador da exação.

Apenas por lei isso é possível, já que o momento da ocorrência do fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência, estando sujeito ao princípio da legalidade.

Recolhimento antecipado de tributo somente por meio de lei

A Constituição Federal até autoriza que sejam criados fatos geradores presumidos, no entanto, isso obrigatoriamente deve ser feito por meio de lei formal, nos termos do art. 150, § 7º, da CF/88:

Art. 150 (...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Esse dispositivo, ao contrário do que se imagina, não trata apenas das hipóteses de substituição tributária, sendo possível aplicar seu raciocínio para o presente caso em que se está discutindo a possibilidade de se antecipar o pagamento do ICMS devido pelo próprio contribuinte do imposto e não por eventual substituto. Nesse sentido:

“Há hipóteses de antecipação com substituição e sem substituição. Por isso, ao analisar o §7º do art. 150 da CF de 1988 devemos ter em mente que o dispositivo regula propriamente um modelo que alcança ambos os tipos de antecipação do fato gerador (com ou sem substituição), de modo que uma análise que afirme que o dispositivo regula “a substituição tributária” é afirmação, data vénia, parcial, pois sua abrangência é maior do que aparentemente sugere; e desfocada do núcleo central do tema, pois este é a antecipação em relação à ocorrência do fato gerador, e não a figura passiva da substituição.” (GRECO, Marco Aurélio. Substituição Tributária (Antecipação do Fato Gerador), 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29).

Não há porque se imaginar que a Constituição tenha autorizado a antecipação do pagamento para os casos de substituição tributária (em que a responsabilidade pelo pagamento ficará com um terceiro) e tenha supostamente proibido essa antecipação quando a responsabilidade pelo pagamento é do próprio contribuinte do tributo, como no presente caso.

O que se quer dizer é que essa antecipação do pagamento do ICMS próprio seria, em tese, permitida, mas tinha que ser feita por meio de lei.

Somente lei em sentido formal pode determinar a antecipação do pagamento de ICMS próprio para momento anterior à ocorrência do fato gerador.

O STF fixou a seguinte tese:

A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito.

STF. Plenário. RE 598677/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 456) (Info 1011).

Logo, é inconstitucional a regulação do regime de antecipação tributária por decreto do Poder Executivo. Vale ressaltar, ainda, que, no regime sem substituição tributária, o art. 150, § 7º, da Constituição Federal exige somente que a antecipação se faça “ex lege” (por força de lei) e que o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária.

Como no regime de antecipação tributária sem substituição, o que se antecipa é o momento da hipótese de incidência, as únicas exigências do art. 150, § 7º, da CF/88 são as de que a antecipação se faça *ex lege* e o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária.

A cobrança antecipada do ICMS constitui simples recolhimento cautelar enquanto não há o negócio jurídico da circulação, sobre o qual a regra jurídica, quanto ao imposto, incide.

No caso de substituição tributária exige-se outro requisito: previsão em lei COMPLEMENTAR federal

Para as hipóteses de antecipação do fato gerador do ICMS com substituição tributária a CF/88 exige, por força do art. 155, § 2º, XII, “b”, da CF/88, a previsão em lei complementar:

Art. 155 (...)

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

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) dispor sobre substituição tributária;

A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal.

STF. Plenário. RE 598677/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 456) (Info 1011).

Reunindo as duas conclusões, o STF fixou a seguinte tese:

A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal.

STF. Plenário. RE 598677/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 456) (Info 1011).

É inconstitucional a regulação do regime de antecipação tributária por decreto do Poder Executivo. No regime sem substituição tributária, o art. 150, § 7º, da Constituição Federal exige somente que a antecipação se faça “ex lege” e que o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária. Já para as hipóteses de antecipação do fato gerador do ICMS com substituição tributária se exige, por força do art. 155, § 2º, XII, “b”, da CF/88, a previsão em lei complementar.

ICMS

Não cabe ICMS sobre a operação de extração de petróleo e sobre a operação de circulação de petróleo desde os poços de extração até a empresa concessionária

São inconstitucionais leis estaduais que preveem a incidência do ICMS sobre a operação de extração de petróleo e sobre a operação de circulação de petróleo desde os poços de extração até a empresa concessionária.

STF. Plenário. ADI 5481/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

No Rio de Janeiro foram editadas duas leis tratando sobre a incidência de ICMS em operações envolvendo petróleo.

A Lei estadual nº 4.117/2003 (conhecida como “Lei Noel”) previu a incidência do ICMS sobre operação de extração de petróleo.

Por outro lado, a Lei estadual 7.183/2015 (nova Lei Noel) determinou a incidência do imposto sobre operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração até a empresa concessionária.

A Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás (ABEP) questionou a constitucionalidade dessas leis.

O que decidiu o STF?

O STF julgou procedente o pedido da ação direta, declarando a inconstitucionalidade das Leis 7.183/2015 e 4.117/2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro.

Não há circulação de mercadoria; logo, não há fato gerador de ICMS

As referidas leis estaduais pretendiam, em tese, tributar a suposta “operação de circulação” de petróleo que ocorre quando de sua extração das jazidas pelo sujeito passivo (concessionário ou contratado).

Ocorre que, tanto no regime de concessão como no de partilha, por não existir ato ou negócio jurídico de natureza mercantil que resulte em mudança de propriedade do bem, não está presente, nos fatos geradores descritos pelas leis questionadas, o elemento operação, indispensável para a incidência válida do ICMS.

Seja no regime de concessão (Lei nº 9.478/97), seja no regime de partilha (Lei nº 12.351/2010), o concessionário ou o contratado adquire, de modo originário, a propriedade do petróleo extraído (concessão) ou de parcela dele (partilha). Se ele adquire de modo originário, significa que não houve compra e venda.

Não se extrai do art. 26 da Lei federal nº 9.478/97 nem do art. 2º, I, da Lei federal nº 12.351/2010 que o contratado incorpora a seu patrimônio as parcelas do petróleo extraídas por força de a União a ele ter transferido tal titularidade (não houve circulação de mercadoria).

Veja inicialmente a Lei nº 9.478/97:

Lei nº 9.478/97:

Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

Não se pode dizer que a União negocia com o concessionário a transferência da propriedade do petróleo extraído. Na verdade, o que é objeto do contrato de concessão é a realização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo.

Sendo a exploração exitosa, tem o concessionário a obrigação de produzir, extraír, o petróleo. Com a extração, o petróleo é originariamente incorporado a seu patrimônio, por determinação da lei. Situação semelhante há no regime de partilha da produção, regido pela Lei nº 12.351/2010. O inciso I do art. 2º do diploma leva a crer que aqui também o legislador optou por outorgar ao contratado, igualmente de modo originário, a propriedade do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos e de parcela do excedente em óleo, nos termos lá descritos:

Lei nº 12.351/2010:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

(...)

Assim, o que essas duas leis federais indicam é que, havendo descoberta comercial pelo contratado, fica a ele assegurado o direito de assenhorear-se dos citados volumes do resultado da lavra. Logo, como o primeiro senhor (“proprietário”) do petróleo extraído é o próprio concessionário ou contratado, o petróleo extraído não muda de titular ao ser incorporado ao patrimônio desse. Não houve, repito, transferência de titularidade.

Se não há transferência de titularidade do petróleo extraído, não há que se falar em circulação de mercadoria, pressuposto indispensável para a incidência válida do ICMS.

Ademais, não há se falar que o fato de o petróleo ter sido extraído de uma jazida, que é bem da União, também seria ele, em um primeiro momento, de sua propriedade e, só depois, do concessionário ou do contratado. Isso porque jazida de petróleo é bem jurídico diverso do produto de sua lavra e o regime jurídico da apropriação do óleo extraído está sujeito a uma opção política, que indica ser pela conferência, de modo originário, desse bem ou de parcela dele ao concessionário ou ao contratado.

A Lei estadual nº 4.117/2003 (Lei Noel) não poderia dispor que o ICMS incide sobre operação de extração de petróleo, pois disso simplesmente resulta petróleo de propriedade originária do concessionário ou do contratado, isto é, do próprio sujeito passivo da exação.

Da mesma forma, a Lei estadual nº 7.183/2015 (nova Lei Noel) não poderia determinar a incidência do imposto desde os poços para a empresa concessionária, ou seja, sobre a movimentação física do óleo para dentro do estabelecimento da própria titular originária da coisa (a concessionária).

Mero deslocamento de bens não é fato gerador de ICMS

A jurisprudência possui o entendimento consolidado no sentido de que:

Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.

STF. Plenário. ARE 1255885 RG, Rel. Ministro Presidente Dias Toffoli, julgado em 14/08/2020 (Repercussão Geral – Tema 1099).

Em suma:

São inconstitucionais leis estaduais que preveem a incidência do ICMS sobre a operação de extração de petróleo e sobre a operação de circulação de petróleo desde os poços de extração até a empresa concessionária.

STF. Plenário. ADI 5481/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

Modulação dos efeitos

Ponderando os interesses em conflito e prestigiando a segurança jurídica e o interesse social, o Min. Relator disse que a ausência de modulação dos efeitos da decisão resultaria em mais efeitos negativos nas já combalidas economia e finanças do Rio de Janeiro.

Assim, o STF determinou que a decisão produza efeitos *ex nunc* a partir da publicação da ata de julgamento do mérito, ficando ressalvadas:

- a) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS;
- b) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; e
- c) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito. Em todos esses casos, deve-se observar o entendimento do STF e os prazos decadenciais e prescricionais.

DIREITO DO TRABALHO**PRESCRIÇÃO**

É constitucional o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento de ações trabalhistas de portuários avulsos até o limite de dois anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra (Ogmo)

A disposição relativa ao termo inicial do prazo prescricional a que submetido o trabalhador avulso, prevista no art. 37, § 4º, da Lei nº 12.815/2013, é compatível com a Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 5132/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

O que são os trabalhadores avulsos?

Conforme explica Maurício Godinho Delgado:

“O obreiro chamado avulso corresponde à modalidade de trabalhador eventual, que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo entrecortados, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles.

A principal distinção percebida entre o trabalhador avulso e o trabalhador eventual, entretanto, é a circunstância de sua força de trabalho ser ofertada, no mercado específico em que atua, por meio de uma entidade intermediária.

Esse ente intermediador é que realiza a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço; essa entidade intermediária é que arrecada dos tomadores o montante correspondente à prestação de serviços e perfaz o respectivo pagamento ao trabalhador envolvido.

Na tradição histórica brasileira, esse tipo de contratação e intermediação de trabalho existia, essencialmente, no setor portuário, sendo que o sindicato de trabalhadores portuários é que realizava a intermediação de tal mão de obra perante os empresários operadores portuários (empresas exportadoras, empresas importadoras, armazéns portuários em geral, empresas de logística portuária, etc.).

Embora despontassem alguns experimentos similares fora do setor portuário (em geral, em torno de centros atacadistas ou congêneres), o fato é que tais exemplos não eram comuns, nem havia explícita regulação a respeito dessa dinâmica e vínculo jurídicos.

Em 2009, porém, surgiu a Lei n. 12.023, regulando o trabalho avulso não portuário. Por essa razão, havendo contextos fáticos significativamente distintos e regulação jurídica diversa, será subdividido, para fins pedagógicos, o estudo dos dois padrões de trabalho avulso hoje existentes na ordem jurídica brasileira: o que abrange o trabalho avulso portuário e o que abrange o trabalho avulso não portuário.” (*Curso de Direito do Trabalho*. p. 405-406)

Desse modo, atualmente temos duas espécies de trabalhador avulso:

- a) Trabalhador avulso portuário: regido pela Lei nº 12.815/2013.
- b) Trabalhador avulso não portuário: disciplinado pela Lei nº 12.023/2009.

O presente julgado tratou sobre trabalhador avulso portuário.

Trabalhador avulso portuário (Lei nº 12.815/2013)

Para entendermos o trabalhador avulso portuário é fundamental conhecermos três personagens que existem na prestação dos serviços dentro de um porto.

- 1) Operador portuário: é uma pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado (art. 2º, XIII, da Lei nº 12.815/2013). Em palavras mais simples, é a pessoa jurídica que irá desempenhar as atividades relacionadas com o porto.
- 2) Órgão gestor de mão de obra (OGMO): é criado pelo operador portuário para administrar o fornecimento de mão de obra nos portos. Veja o que diz o art. 32 da Lei nº 12.815/2013:

Art. 32. Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:
I - administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;
II - manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;
III - treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro;
IV - selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;
V - estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso;
VI - expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário; e
VII - arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários.

- 3) Trabalhador avulso portuário: trabalhador eventual (não empregado) que, com a intermediação do OGMO, é selecionado para prestar serviços de movimentação de mercadorias nos portos.

Henrique Correia, com sua peculiar didática, ensina como ocorre a contratação dos trabalhadores avulsos portuários:

“Esse trabalhador se dirige até os portos para concorrer à escala de trabalho. Nem todos os dias conseguirá prestar serviços, pois há um rodízio entre eles. Cabe frisar que ele deverá receber vale-transporte mesmo nos dias em que não for escalado para o trabalho. A escalação funciona da seguinte forma: 1. o operador portuário requisita ao Ogmo o número de trabalhadores

necessários - aliás, o operador portuário é obrigado a requisitar trabalhadores apenas do Ogmo, exceto se o porto for particular; 2. o Ogmo, de acordo com o rodízio igualitário, escala os trabalhadores entre os que estão presentes no dia; 3. o pagamento é feito pelo operador portuário ao Ogmo, que, por sua vez, deve repassar em até 48 horas aos trabalhadores avulsos.
(...)

Tanto o Ogmo como o Operador Portuário são solidariamente responsáveis pelos débitos trabalhistas e pelas contribuições previdenciárias do Trabalhador Avulso.

(...)

Cabe ressaltar novamente, portanto, que o trabalho avulso portuário é aquele desenvolvido a partir da intermediação entre o órgão gestor de mão de obra e o tomador de serviços, uma vez que será responsável por recrutar, selecionar, treinar, cadastrar, registrar, organizar em escala e remunerar o trabalhador portuário.” (*Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021, p. 455-459)

Igualdade entre o empregado e o trabalhador avulso

Vale ressaltar que o trabalhador avulso não é empregado, no entanto, possui os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício, nos termos do art. 7º, XXXIV, da CF/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Prescrição trabalhista

A prescrição trabalhista encontra-se disciplinada pelo art. 7º, XXIX, da CF/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

No mesmo sentido é a redação atual do art. 11 da CLT:

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos **após a extinção do contrato de trabalho**. (Redação dada pela Lei nº 13.467/2017)

A Lei nº 12.815/2013 trouxe, contudo, uma regra peculiar para os trabalhadores avulsos portuários:

Art. 37 (...)

§ 4º As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos **após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra**.

ADI

A Federação Nacional dos Operadores Portuários (Fenop) ajuizou ADI contra esse § 4º do art. 37.

Para a entidade, a regra prevista na Lei nº 12.815/2013 está em desacordo com o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, pelo qual as ações para a obtenção de créditos decorrentes de relações de trabalho, urbanas ou rurais, podem ser ajuizadas “até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”. Segundo a Fenop, há uma clara diferença entre as duas normas. “Enquanto a Constituição Federal estabelece, quanto ao prazo prescricional, um limite de dois anos para o exercício do direito de ação, a contar da extinção do contrato de trabalho, a Nova Lei dos Portos, ao tratar da relação de trabalho avulso, embora mantendo essa limitação, define como marco inicial do prazo de prescrição a data do cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra”.

Logo, a autora argumentou que esse dispositivo seria inconstitucional.

O STF concordou com os argumentos da autora?

NÃO.

O Plenário do STF, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta e declarou a constitucionalidade do art. 37, § 4º, da Lei nº 12.815/2013.

Ficaram vencidos os ministros Gilmar Mendes (relator) e Cármem Lúcia.

O STF decidiu que é constitucional o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento de ações trabalhistas de portuários avulsos até o limite de dois anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra (Ogmo).

A relação laboral avulsa se caracteriza pelo vínculo estabelecido entre o trabalhador avulso e o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), responsável por realizar a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço, por arrecadar os valores correspondentes à prestação de serviços e satisfazer o respectivo pagamento do trabalhador avulso.

Caso o prazo de prescrição bienal fosse contado da cessação do trabalho prestado ao tomador de serviços, haveria, na prática, a não aplicação do prazo quinquenal, porquanto, a cada prestação de trabalho, em regra, o trabalhador permanece a serviço do tomador por um curto período de tempo.

Além disso, havendo dúvida sobre a melhor exegese, deve ser prestigiada a interpretação comprometida com a maior efetividade dos direitos sociais trabalhistas, de modo a prestigiar os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da valorização social do trabalho (art. 1º, IV) e da justiça social (arts. 3º, I a III, 7º a 9º, 170 e 193), do direito fundamental ao trabalho (art. 5º, XII) e da promoção dos direitos fundamentais sociais trabalhistas (arts. 7º a 11).

É adequado, portanto, que o prazo quinquenal ou bienal seja aplicado considerando o vínculo com o órgão gestor.

Ademais, deve ser presumida a interpretação com objetivo de resguardar a possibilidade do exercício do direito à tutela jurisdicional e o gozo dos direitos incidentes da relação empregatícia, de modo a limitar-se ao máximo o âmbito de incidência do prazo de prescrição, sob pena de esvaziar o conteúdo inscrito nas normas da Constituição de que dimana a proteção deferida à relação de emprego.

Em suma:

A disposição relativa ao termo inicial do prazo prescricional a que submetido o trabalhador avulso, prevista no art. 37, § 4º, da Lei nº 12.815/2013, é compatível com a Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 5132/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 26/3/2021 (Info 1011).

TERCEIRIZAÇÃO

Ofende a livre iniciativa e a livre concorrência obrigar a empresa contratada para prestação de serviços terceirizados a pagar remuneração em padrões idênticos aos da empresa contratante (tomadora dos serviços); elas possuem possibilidades econômicas distintas

Importante!!!

A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas.

STF. Plenário. RE 635546/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 383) (Info 1011).

Terceirização

“Ocorre a terceirização quando uma empresa, em vez de executar serviços diretamente com seus empregados, contrata outra empresa para que esta os realize, com o seu pessoal sob a sua responsabilidade. O empregado é contratado pela empresa intermediadora (empregadora), mas presta serviços em outro local (empresa tomadora).” (CORREIA, Henrique. *Direito do Trabalho para concursos de analista do TRT, TST e MPU*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 360).

Desse modo, terceirizar significa transferir uma ou mais atividades da empresa para que sejam realizados por outra empresa.

Pessoas envolvidas

Na terceirização, há três pessoas envolvidas na relação jurídica:

- a) trabalhador terceirizado;
- b) empresa prestadora de serviços a terceiros; e
- c) empresa contratante.

Regulamentação

Não havia uma regulamentação muito clara em lei tratando sobre a terceirização.

Diante disso, o TST editou, há muitos anos, a Súmula nº 331 estabelecendo requisitos para que a terceirização fosse considerada legítima. Essa súmula proibia a terceirização de atividades-fim da empresa.

Em 2017, o Congresso Nacional editou duas leis autorizando de forma expressa a terceirização, inclusive para atividades-fim:

- Lei nº 13.429/2017: alterou dispositivos da Lei nº 6.019/74 (lei do trabalho temporário) e dispôs sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.
- Lei nº 13.467/2017: a chamada Reforma Trabalhista e que também tratou sobre alguns pontos de terceirização.

E antes das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, realmente era proibida a terceirização de atividades-fim da empresa? Antes dessas Leis, o entendimento exposto na Súmula 331-TST era válido?

NÃO. Mesmo antes das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, já era permitida a terceirização de atividades-fim da empresa. A Súmula 331 do TST era inconstitucional.

Foi o que decidiu o STF:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

STF. Plenário. ADPF 324/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 29 e 30/8/2018 (Info 913).

STF. Plenário. RE 958252/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 29 e 30/8/2018 (repercussão geral) (Info 913).

Desse modo, para o STF, sempre foi lícita a terceirização de toda e qualquer atividade da empresa, seja ela atividade-meio ou fim.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Determinado banco decidiu terceirizar as atividades de atendimento dos clientes.

Para isso, o banco contratou a “Serviços Ltda”, uma empresa que fornece mão-de-obra terceirizada.

O banco é a empresa tomadora dos serviços.

A Serviços Ltda é a empresa contratada (terceirizada).

A empresa contratada fornece trabalhadores que realizam o atendimento dos clientes. Tais trabalhadores não são empregados da instituição financeira, mas sim da “Serviços Ltda”.

Uma dessas trabalhadoras terceirizadas é a Mariana, que atende os clientes em uma das agências do banco. Mariana recebe 2 salários-mínimos para desempenhar essa função (8h diárias).

Vale ressaltar, contudo, que o movimento de terceirização dos serviços no banco ainda não está concluído. Assim, em algumas agências os serviços de atendimento ainda estão sendo executados por empregados do banco. Temos, portanto, duas realidades:

- agências nas quais o serviço de atendimento é executado por empregados do banco;
- agências nas quais o serviço de atendimento é executado por trabalhadores terceirizados.

Valéria é uma empregada do banco que executa os serviços de atendimento de uma das agências. Ela recebe, atualmente, 4 salários-mínimos pagos pelo banco para desempenhar essa função (8h diárias).

Como vimos, existe uma discrepância de valores: o empregado do banco recebe mais para executar os mesmos serviços que o trabalhador terceirizado.

Ação de equiparação salarial

Mariana ajuizou reclamação trabalhista contra a empresa de terceirização e contra o banco pedindo para que fosse reconhecido que ela teria direito de receber a mesma remuneração que Valéria, considerando que ambas desempenham serviço idêntico, para a mesma pessoa jurídica, não havendo sentido em serem remuneradas de forma distinta.

A Justiça do Trabalho acolheu o pedido da autora em todas as suas instâncias, tendo o banco interposto recurso ao STF.

Essa equiparação é devida? O trabalhador de empresa contratada, em regime de terceirização, tem direito à mesma remuneração percebida pelo empregado que integra o quadro permanente da tomadora do serviço, se desempenhar a mesma atividade e se ela constituir atividade-fim da tomadora?

NÃO.

Como vimos acima, no exame da ADPF 324, o STF reconheceu a constitucionalidade da terceirização de atividade-fim e de atividade-meio.

O STF decidiu assim com base no argumento de que a terceirização das atividades tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de decidir como estruturarão seus negócios. Esses princípios proíbem que se imponha à empresa contratada as decisões empresariais da tomadora do serviço sobre quanto pagar a seus trabalhadores, e vice-versa.

Assim, ao se determinar essa equiparação, o que se está fazendo é violar o que o STF decidiu na ADPF 324. Ao se exigir que a remuneração dos empregados da empresa contratada sejam os mesmos da empresa tomadora de serviço o que se está fazendo é retirar, por via transversa, a possibilidade de o agente econômico fazer a terceirização. Isso porque não haverá qualquer redução de custos para ele ao optar pela terceirização. Ou, então, essa decisão acabaria obrigando a empresa a fazer uma terceirização total, impedindo que ela tenha qualquer trabalhador permanente desempenhando a mesma atividade.

Logo, esse entendimento da Justiça do Trabalho esvazia o instituto da terceirização ou, por outro lado, acaba ampliando desnecessariamente seu uso.

O tratamento isonômico deve ser aferido dentro dos empregados de um mesmo empregador. Não se pode impor um tratamento isonômico entre empregados de empregadores diferentes. A empresa tomadora dos serviços possui possibilidades econômicas distintas da empresa terceirizada. Neste caso, por exemplo, o banco tem possibilidades econômicas bem maiores que a empresa terceirizada.

Em suma:

A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas.

Ofende os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência compelir empresa contratada para prestação de serviços terceirizados a pagar remuneração em padrões idênticos aos da empresa contratante (tomadora dos serviços), por serem titulares de possibilidades econômicas distintas.

STF. Plenário. RE 635546/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 383) (Info 1011).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A ADPF não é instrumento eficaz de controle da constitucionalidade por omissão. ()
- 2) É constitucional legislação estadual que proíbe toda e qualquer atividade de comunicação comercial dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica. ()
- 3) Não é obrigatória a instituição de Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas do Município. ()
- 4) A previsão de nomeação “pro tempore”, pelo Ministro da Educação, de dirigentes de instituições de ensino federais viola os princípios da isonomia, da imparcialidade, da proporcionalidade, da autonomia e da gestão democrática do ensino público. ()
- 5) A insolvência civil está entre as exceções da parte final do artigo 109, I, da Constituição da República, para fins de definição da competência da Justiça Federal. ()
- 6) É constitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa). ()
- 7) Para o cálculo de dias remidos pelo estudo, a Recomendação 44/2013 do CNJ orienta-se pelos parâmetros previstos na Resolução 3/2010 do Conselho Nacional de Educação, a qual, todavia, deve ser conjugada com a carga horária prevista na Lei nº 9.394/96, por se tratar de interpretação mais benéfica ao réu. ()
- 8) A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal. ()
- 9) São constitucionais leis estaduais que preveem a incidência do ICMS sobre a operação de extração de petróleo e sobre a operação de circulação de petróleo desde os poços de extração até a empresa concessionária. ()
- 10) A disposição relativa ao termo inicial do prazo prescricional a que submetido o trabalhador avulso, prevista no art. 37, § 4º, da Lei nº 12.815/2013, é compatível com a Constituição Federal. ()
- 11) A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas. ()

Gabarito

- | | | | | | | | | | | |
|------|------|------|------|------|------|------|------|------|-------|-------|
| 1. E | 2. E | 3. C | 4. C | 5. C | 6. C | 7. C | 8. C | 9. E | 10. C | 11. C |
|------|------|------|------|------|------|------|------|------|-------|-------|