

Informativo comentado: Informativo 1024-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

- *Norma estadual não pode regulamentar a profissão de despachante.*

PODER LEGISLATIVO

- *Assim como ocorre com os Parlamentares federais, é vedado o pagamento de valor a mais a Deputados Estaduais pelo fato de terem sido convocados para sessão extraordinária.*
- *Deputado Estadual pode receber ajuda de custo, não havendo afronta ao regime de subsídio.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

- *É inconstitucional norma estadual que vincule subsídios de agentes políticos de distintos entes federativos, de modo que qualquer aumento no valor dos subsídios de um resulte, automaticamente, aumento no de outro.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COMPETÊNCIA

- *A Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar crime comum conexo com crime eleitoral, ainda que haja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito eleitoral.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- *As operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de “software”, padronizado ou elaborado por encomenda, pagam ISS (e não ICMS).*
- *É inconstitucional decreto estadual que atribua às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade por substituição tributária pelo recolhimento do ICMS.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PENSÃO POR MORTE

- *É inconstitucional o reconhecimento de direitos previdenciários nas relações que se amoldam ao instituto do concubinato, mesmo que a união tenha sido mantida durante longo período e com aparência familiar.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Norma estadual não pode regulamentar a profissão de despachante

Tema já apreciado no Info 1023-STF

É formalmente inconstitucional ato normativo local que, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo, regulamente o exercício da profissão de despachante junto a órgãos de trânsito.

STF. Plenário. ADI 6749/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 2/6/2021 (Info 1024).

A situação concreta foi a seguinte:

O Departamento Estadual de Trânsito do Distrito Federal (Detran/DF) publicou Instrução Normativa DETRAN/DF nº 34/2021, que dispõe sobre o exercício da profissão de despachante de trânsito no Distrito Federal.

Essa instrução normativa é constitucional?

NÃO.

É formalmente inconstitucional ato normativo local que, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo, regulamente o exercício da profissão de despachante junto a órgãos de trânsito.

STF. Plenário. ADI 6749/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 2/6/2021 (Info 1024).

Compete privativamente à União legislar sobre as condições para o exercício de profissões, nos termos do art. 22, XVI, da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

Somente por delegação operada por meio de lei complementar podem os Estados-membros ou o Distrito Federal legislar sobre questões específicas relacionadas a essa matéria (art. 22, parágrafo único, da CF/88). No caso, além de não existir lei complementar editada pela União delegando aos Estados-membros ou ao Distrito Federal competência quanto a esse tema, a Instrução Normativa nº 34/2021 do DF não se limitou a dispor sobre questões específicas de interesse regional, mas, exaurindo a matéria, instituiu o próprio regime jurídico dos profissionais em questão.

A jurisprudência da Suprema Corte, em sucessivos julgamentos, tem reconhecido configurada a usurpação da competência legislativa privativa da União em relação a leis estaduais e distritais que, sob o pretexto de estatuírem normas administrativas de interesse local, regulamentam o exercício de atividades profissionais.

Ademais, em âmbito nacional, a União editou a Lei nº 10.602/2002, que confere espaço de liberdade de atuação profissional muito mais amplo aos despachantes do que a norma impugnada.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade formal da Instrução Normativa DETRAN/DF 34/2021 e, a fim de evitar efeitos repristinatórios indesejados, também da Instrução Normativa DETRAN/DF 394/2015.

PODER LEGISLATIVO

Assim como ocorre com os Parlamentares federais, é vedado o pagamento de valor a mais a Deputados Estaduais pelo fato de terem sido convocados para sessão extraordinária

Tema já apreciado no Info 747-STF

É proibido o pagamento de vantagem pecuniária a deputados estaduais por convocação para sessão extraordinária.

STF. Plenário. ADPF 836/RR, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

A situação concreta foi a seguinte:

O art. 99, § 6º do Regimento Interno da Assembleia Legislativa de Roraima, aprovado pela Resolução nº 11/1992, previu que, se os Deputados Estaduais fossem convocados para sessões extraordinárias, deveriam receber um valor extra a título de indenização.

O Procurador-Geral da República ajuizou ADPF contra esse dispositivo argumentando que ele seria incompatível com a atual redação do art. 57, § 7º, da CF/88, com a redação dada pela EC 50/2006.

Primeira pergunta: se o PGR alega que o Regimento Interno é incompatível com o art. 57, § 7º da CF/88, por que ele ajuizou uma ADPF (e não uma ADI)?

Porque o dispositivo impugnado (art. 99, § 6º, do Regimento Interno) é anterior à redação atual do art. 57, § 7º da CF/88, que teve a sua redação alterada pela EC 50/2006.

O art. 99, § 6º do Regimento Interno é de 1992 e o art. 57, § 7º da CF é de 2006.

Para caber ADI, o objeto impugnado deve ser posterior ao parâmetro, ou seja, posterior ao dispositivo da Constituição que se alega que foi violado.

- Objeto posterior ao parâmetro: cabe ADI.
- Objeto anterior ao parâmetro: cabe ADPF.

O pedido foi julgado procedente? Essa previsão do regimento interno ofende o art. 57, § 7º da CF/88? SIM.

Desde a EC 50/2006, passou a ser proibido o pagamento de vantagem pecuniária a Deputados Estaduais por convocação para sessão extraordinária.

STF. Plenário. ADPF 836/RR, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Em 2006, foi editada a emenda constitucional 50 proibindo o pagamento de parcela indenizatória aos membros do Congresso Nacional por convocação extraordinária:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Antes da EC 50/2006	Depois da EC 50/2006
Art. 57 (...) § 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.	Art. 57 (...) § 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º deste artigo, vedado o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação.

Esse pagamento é vedado também pelo § 4º do art. 39 da CF/88:

Art. 39 (...)

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

O § 7º do art. 57 e o § 4º do art. 39 são aplicáveis também aos Deputados Estaduais, conforme determina o § 2º do art. 27 da CF/88:

Art. 27 (...)

§ 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Desse modo, tal qual ocorre com os Parlamentares federais, é vedado o pagamento de remuneração a Deputados Estaduais pelo fato de terem sido convocados para sessão extraordinária.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a não recepção do § 6º do art. 99 do Regimento Interno da ALE/RR pelo § 7º do art. 57 da CF/88, com a modificação introduzida pela EC 50/2006.

PODER LEGISLATIVO

Deputado Estadual pode receber ajuda de custo, não havendo afronta ao regime de subsídio

É constitucional norma estadual que estabeleça o pagamento a parlamentar — no início e no final de cada sessão legislativa — de ajuda de custo correspondente ao valor do próprio subsídio mensal.

STF. Plenário. ADI 6468/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

A situação foi a seguinte:

A Lei 4.750/2003, do Estado de Sergipe, afirmou que os Deputados Estaduais deveriam receber uma ajuda de custo no início e no fim de cada sessão legislativa. Essa ajuda de custo corresponde a um subsídio extra:

Art. 3º É devido ao parlamentar, no início e no final de cada sessão legislativa, ajuda de custo correspondente ao valor do subsídio.

O PGR ajuizou ADI contra esse dispositivo afirmando que ele seria inconstitucional por violar o art. 39, § 4º da CF/88:

Art. 39 (...)

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

O autor argumentou que essa ajuda de custo – paga no início e ao final de cada sessão legislativa – representaria afronta ao regime de subsídio (parcela única).

O STF concordou com o PGR? Esse dispositivo é inconstitucional?

NÃO.

É constitucional norma estadual que estabeleça o pagamento a parlamentar — no início e no final de cada sessão legislativa — de ajuda de custo correspondente ao valor do próprio subsídio mensal.

STF. Plenário. ADI 6468/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Essa verba foi criada para indenizar os Deputados Estaduais pelos custos inerentes à sua acomodação na capital do Estado. Desse modo, tal verba possui natureza indenizatória.

A verba de natureza indenizatória é uma exceção à regra de que o subsídio dos Deputados deve ser em parcela única, conforme entende o STF:

(...) 8. O regime remuneratório por meio de subsídio impõe parcela única tão somente para a remuneração do exercício das atividades próprias e ordinárias do cargo (artigo 39, § 4º, CRFB), não impedindo a percepção de parcelas adicionais relativas a direitos sociais (artigo 39, § 3º, CRFB), indenizações e retribuições por eventual execução de encargos especiais, não incluídos no plexo das atribuições normais e típicas do cargo. (...)

STF. Plenário. ADI 5856, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/02/2020.

Esse tema já foi cobrado em prova:

☒ (Vunesp/Valiprev/SP/Analista/2020) A Constituição Federal não veda que servidores que sejam remunerados por subsídio fixado em parcela única recebam benefício de natureza comprovadamente indenizatória. (certo)

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

É inconstitucional norma estadual que vincule subsídios de agentes políticos de distintos entes federativos, de modo que qualquer aumento no valor dos subsídios de um resulte, automaticamente, aumento no de outro

É inconstitucional lei estadual que preveja que o Governador e o Vice-Governador do Estado não poderão receber remuneração inferior ao subsídio percebido pelos Desembargadores e pelos Deputados Estaduais.

É inconstitucional lei estadual que afirme que os Deputados Estaduais deverão receber 75% do subsídio dos Deputados Federais.

STF. Plenário. ADI 6468/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Lei estadual vinculando subsídios de agentes políticos distintos

A Lei 5.844/2006, do Estado de Sergipe, estabeleceu que o Governador e Vice-Governador não poderiam receber remuneração inferior aos subsídios dos Desembargadores e dos Deputados Estaduais:

Art. 4º O Governador e o Vice-Governador do Estado não poderão receber remuneração inferior ao subsídio percebido por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, e ao percebido por Deputado Estadual, respectivamente.

A Lei 4.750/2003, também do Estado de Sergipe, afirmou que os Deputados Estaduais deveriam receber 75% do subsídio dos Deputados Federais:

Art. 1º Os Deputados da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe perceberão mensalmente, na legislatura a iniciar-se em 1º de fevereiro de 2003, como subsídio, 75% (setenta e cinco por cento) a qualquer título do que perceberem os Deputados Federais, respeitando-se as limitações constitucionais.

A Lei 5.844/2006 é constitucional?

NÃO. Essa lei viola o art. 37, XIII, da CF/88, que proíbe a vinculação da remuneração entre cargos distintos:

Art. 37 (...)

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

Trata-se do entendimento reiterado do STF:

Surge conflitante com a Constituição Federal decreto legislativo que vincula o subsídio a ser satisfeito considerados os cargos de governador, de vice-governador e de secretário de estado ao que percebido por deputados.

STF. Plenário. ADI 3480, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/10/2018.

E a Lei 4.750/2003, que afirma que o subsídio dos Deputados Estaduais é de 75% dos Deputados Federais? Essa norma é válida?

NÃO. Também é inconstitucional.

A Lei 4.750/2003 também viola o art. 37, XIII, da CF/88 acima mencionado.

A lei que fixar o subsídio dos Deputados Estaduais não pode estabelecer uma vinculação automática com o subsídio dos Deputados Federais. Essa vinculação afronta o princípio federativo e a autonomia do Estado-membro. Isso porque, de forma indireta, quem estará fixando a remuneração dos Deputados Estaduais será o Congresso Nacional, já que todas as vezes em que ele aumentar o subsídio dos Parlamentares federais, haverá automática majoração em nível estadual.

A cada aumento efetuado no subsídio dos Deputados Federais, haveria repercussão, por via reflexa, no correspondente subsídio dos Deputados Estaduais em questão. Isso esvaziaria a autonomia administrativa e financeira dos Estados-membros, destituindo-os da prerrogativa de estipular o valor da remuneração de seus agentes políticos em detrimento da observância do quantum definido pela União.

Quando o § 2º do art. 27 fala em 75% do subsídio dos Deputados Federais, ele não estaria autorizando a vinculação?

NÃO. Segundo o STF, o art. 27, § 2º prevê que 75% do subsídio dos Deputados Federais é o limite máximo da remuneração dos Deputados Estaduais. Isso não significa, contudo, que a CF/88 autorize que haja uma vinculação automática entre as remunerações, de maneira que qualquer aumento no valor do subsídio dos Parlamentares federais acarrete a automática majoração da remuneração dos Parlamentares estaduais.

Resumo do julgado que constou no Informativo:

É inconstitucional norma estadual que vincule subsídios de agentes políticos de distintos entes federativos, de modo que qualquer aumento no valor dos subsídios de um resulte, automaticamente, aumento no de outro.

STF. Plenário. ADI 6468/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Atenção para a nomenclatura utilizada no voto: “tipo de vinculação vertical ou assimétrico”

“O art. 37, XIII, da CF proíbe que, salvo nas hipóteses expressamente elencadas pelo texto constitucional, cargos assimétricos estabeleçam, entre si, relação que implique aumento remuneratório automático. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que o tipo de vinculação vertical ou assimétrico entre deputados federais e estaduais viola também a autonomia federativa (CF, art. 25), porque retira do ente menor a prerrogativa de definir as remunerações de seus agentes políticos. Essas vedações também se aplicam a governadores e vice-governadores.”

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COMPETÊNCIA

A Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar crime comum conexo com crime eleitoral, ainda que haja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito eleitoral

Importante!!!

Caso concreto: o ex-Governador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo, com colaboração de outros agentes políticos, teria desviado recursos públicos e utilizado esse dinheiro para financiar sua campanha de reeleição no ano de 1998. Vale ressaltar que esse dinheiro utilizado na campanha não teria sido contabilizado na prestação de contas, caracterizando aquilo que se chama, na linguagem popular, de “caixa dois”.

Em tese, o agente teria praticado os seguintes crimes: a) corrupção passiva (art. 317 do CP); b) falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral); c) lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98).

Dois crimes são de competência da Justiça estadual comum e um deles da Justiça Eleitoral. Como ficará a competência para julgar estes delitos? Serão julgados separadamente ou juntos? Qual será a Justiça competente? Justiça ELEITORAL. Competirá à Justiça Eleitoral julgar todos os delitos. Segundo entende o STF: Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos (Inq 4435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13 e 14/3/2019).

Ocorre que, no caso concreto, há uma peculiaridade: ainda durante o inquérito, ficou reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime eleitoral. Logo, houve arquivamento do inquérito no que tange ao crime eleitoral. Diante disso, indaga-se: mesmo assim, a Justiça Eleitoral continuará sendo competente para julgar os demais delitos? SIM. Mesmo operada a prescrição quanto ao crime eleitoral, subsiste a competência da Justiça Eleitoral. Trata-se de aplicação lógica do disposto no art. 81 do CPP.

STF. 2ª Turma. RHC 177243/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/6/2021 (Info 1024).

O caso concreto foi o seguinte:

O ex-Governador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo, com colaboração de outros agentes políticos, teria desviado recursos públicos e utilizado esse dinheiro para financiar sua campanha de reeleição ao executivo estadual no ano de 1998.

Vale ressaltar que esse dinheiro utilizado na campanha não teria sido contabilizado na prestação de contas, caracterizando aquilo que se chama, na linguagem popular, de “caixa dois”.

Em tese, quais foram os delitos praticados?

a) corrupção passiva (art. 317 do CP): delito, em tese, da Justiça estadual comum:

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

b) falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral): crime de competência da Justiça Eleitoral.

Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.

c) lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98): infração de competência da Justiça estadual comum (porque o crime antecedente é estadual).

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Vale ressaltar que todos os crimes praticados são **conexos**.

Dois crimes são de competência da Justiça estadual comum e um deles da Justiça Eleitoral. Como ficará a competência para julgar estes delitos? Serão julgados separadamente ou juntos? Qual será a Justiça competente?

Justiça ELEITORAL.

Competirá à Justiça Eleitoral julgar todos os delitos.

Segundo entende o STF:

Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos.

STF. Plenário. Inq 4435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13 e 14/3/2019 (Info 933).

No concurso entre a jurisdição penal comum e a especial (como a eleitoral), prevalecerá esta na hipótese de conexão entre um delito eleitoral e uma infração penal comum.

O fundamento para isso está no art. 35, II, do Código Eleitoral e no art. 78, IV, do CPP:

Art. 35. Compete aos juízes: *(leia-se: juízes eleitorais)*

II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

(...)

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Assim, como há a presença do crime de doação eleitoral por meio de “caixa dois”, conduta que configura o crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral), a competência para julgar todos os delitos é atraída para a Justiça Eleitoral, considerado o princípio da especialidade:

A doação eleitoral por meio de “caixa 2” é uma conduta que configura crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral). A competência para processar e julgar este delito é da Justiça Eleitoral.

A existência de crimes conexos de competência da Justiça Comum, como corrupção passiva e lavagem de capitais, não afasta a competência da Justiça Eleitoral, por força do art. 35, II, do CE e do art. 78, IV, do CPP. STF. 2ª Turma. PET 7319/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Relator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 27/3/2018 (Info 895).

Voltando ao caso concreto:

Ocorre que, no caso concreto, há uma peculiaridade: ainda durante o inquérito, ficou reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime eleitoral. Logo, houve arquivamento do inquérito no que tange ao crime eleitoral.

Diante disso, indaga-se: mesmo assim, a Justiça Eleitoral continuará sendo competente para julgar os demais delitos?

SIM. Mesmo operada a prescrição quanto ao crime eleitoral, subsiste a competência da Justiça Eleitoral. Trata-se de aplicação lógica do disposto no art. 81 do CPP, o qual afirma:

Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Fixada a competência da Justiça Eleitoral por conexão ou continência, essa permanece para os demais feitos, mesmo quando não mais subsistirem processos de sua competência própria em razão de sentença absolutória ou de desclassificação da infração.

Em suma:

A Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar crime comum conexo com crime eleitoral, ainda que haja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito eleitoral.

STF. 2ª Turma. RHC 177243/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/6/2021 (Info 1024).

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

As operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de “software”, padronizado ou elaborado por encomenda, pagam ISS (e não ICMS)

Tema já apreciado no Info 1007-STF

É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

STF. Plenário. ADI 5576/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

O caso concreto foi o seguinte:

A legislação do Estado de São Paulo previa a incidência de ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador (*softwares*).

A Confederação Nacional de Serviços (CNS) ajuizou ADI contra esses dispositivos alegando que não deveria incidir ICMS, mas sim o ISS.

O STF concordou com os argumentos da autora?

SIM.

As operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de “software”, padronizado ou elaborado por encomenda, são tributáveis pelo ISS, e não pelo ICMS.

STF. Plenário. ADI 5576/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Esse tema já havia sido recentemente definido pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 5659 e da ADI 1945. O STF agora, nesta ADI 5576, apenas reiterou o que havia decidido.

Vamos agora relembrar os principais argumentos para essa conclusão.

ISSQN

O ISSQN significa Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Algumas vezes, você encontrará apenas a sigla ISS. É a mesma coisa.

Trata-se de um tributo de competência dos Municípios.

Em âmbito nacional, o ISSQN é disciplinado pela LC 116/2003, que estabelece suas normas gerais. Vale ressaltar, no entanto, que cada Município, para cobrar este imposto, precisa editar uma lei ordinária municipal tratando sobre o assunto. Esta lei local, obviamente, não pode contrariar a LC 116/2003 nem prever serviços que não estejam expressos na lei federal.

Fato gerador

O ISSQN incide sobre a prestação dos serviços listados no anexo da LC 116/2003.

Confira o texto constitucional:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Veja agora o que diz o art. 1º da LC 116/2003:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Exemplos: quando o médico atende o paciente em uma consulta, ele presta um serviço, sendo isso fato gerador do ISSQN; quando o cabeleireiro faz uma escova progressiva na cliente, ele também presta um serviço e deverá pagar ISSQN.

Todos os serviços que estão sujeitos ao pagamento de ISSQN encontram-se previstos na lista anexa à LC 116/2003. Se não estiver nesta lista, não é fato gerador deste imposto. Vale ressaltar que esta lista é taxativa (exaustiva).

Imagine que determinada pessoa física ou pessoa jurídica comprou a licença de um software padronizado (ex: Microsoft Word, Adobe etc.) ou de um software produzido por encomenda para as necessidades específicas daquele usuário. Nestes casos, a empresa que vendeu a licença irá pagar ICMS, ISS ou ambos? Isso é considerado uma venda de mercadoria ou a prestação de um serviço?

A empresa irá pagar apenas o ISS.

Vamos entender com calma.

Conflitos de competência tributária são resolvidos pelos critérios definidos em lei complementar

Nem sempre é muito fácil distinguir o que é venda de mercadoria ou prestação de serviço. O legislador constituinte, já prevendo que isso poderia gerar inúmeros conflitos de competência tributária, estabeleceu, no art. 146, I, da Constituição Federal, que esses conflitos devem ser resolvidos por lei complementar de normas gerais a cargo da União:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
(...)

Essa lei complementar existe? Qual foi o critério adotado no caso de possível conflito envolvendo venda de mercadoria (ICMS) e prestação de serviços (ISS)?

O critério foi definido no art. 1º, § 2º da LC 116/2003.

Antes de verificarmos qual foi o critério utilizado, é importante diferenciar as operações puras e mistas. Podem existir três tipos de operações para fins de incidência de ICMS ou ISS:

a) operação pura de circulação de mercadorias	b) operação pura de prestação de serviços	c) operação mista
Ocorre quando o contribuinte apenas realiza circulação de mercadorias, sem prestar qualquer tipo de serviço.	Ocorre quando o contribuinte realiza apenas prestação de serviços, sem fornecer mercadorias.	Ocorre quando o contribuinte realiza prestação de serviços, mas também fornece mercadorias.
Ex: uma loja de brinquedos.	Ex: serviços prestados por uma psicóloga.	Ex: a montagem de pneus na qual a própria empresa fornece os pneus.
O contribuinte só irá pagar ICMS.	O contribuinte só irá pagar ISS.	Em regra, haverá pagamento apenas de ISS, se o serviço estiver na lista.

Explicando melhor a terceira situação. No caso de operações mistas, haverá pagamento de ICMS ou ISS?
REGRA:

- Se o serviço prestado estiver na lista anexa da LC 116/2003: haverá pagamento apenas de ISS.
- Se o serviço prestado não estiver na lista anexa da LC 116/2003: haverá pagamento apenas de ICMS.

EXCEÇÃO:

Existem algumas operações mistas nas quais a LC 116/2003 prevê que sobre elas deverão incidir tanto o ISS (sobre o serviço prestado) como também o ICMS (sobre a circulação de mercadorias). É o que preconiza o art. 1º, § 2º da LC:

Art. 1º (...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação é serviço previsto expressamente na lista da LC 116/2003

O licenciamento ou a cessão do direito de uso de programas de computador, tanto para os softwares padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de download ou por acesso em nuvem, enquadra-se no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à LC 116/2003:

1 – Serviços de informática e congêneres.

(...)

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

No caso do modelo de “*software as a service*” (software como serviço – SasS), isso também poderia ser enquadrado nos subitens 1.03 e 1.07:

1 – Serviços de informática e congêneres.

(...)

1.03 – Processamento de dados e congêneres.

(...)

1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

O software é um serviço do esforço humano

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

A Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sobre sua comercialização no País, trata, também, da proteção aos direitos e do registro, pois o software é produto do engenho humano, é criação intelectual, sendo essa a sua característica fundamental.

Para a construção de um programa de computador, faz-se imprescindível a existência do fazer humano direcionado, não havendo como desconsiderar esse elemento, ainda que se esteja diante de software que seja replicado para comercialização para diversos usuários.

Com efeito, mesmo considerando-se que na operação com software padronizado existe a transferência de um bem digital que está consubstanciado usualmente num arquivo digital ou num conjunto de arquivos, haverá de incidir, na operação, o ISS. Isso porque há uma operação mista complexa envolvendo,

além da obrigação de dar um bem digital, uma obrigação de fazer, presente naquele esforço intelectual e ainda nos demais serviços em prol do usuário como, por exemplo, a prestação de serviço de *help desk*, a prestação de serviço de atualização constante do software e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento.

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

Em suma:

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

STF. Plenário. ADI 5659/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

STF. Plenário. ADI 1945/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007).

Conclusão exposta nesta ADI 5576/SP:

É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

STF. Plenário. ADI 5576/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Modulação dos efeitos

Com base nesse entendimento, o Plenário conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgou o pedido procedente, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da LC 87/96 e ao art. 1º da Lei nº 6.374/89 do Estado de São Paulo, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

Por fim, por maioria, o STF decidiu modular os efeitos dessa decisão para, de maneira análoga ao decidido nas ADIs 1.945 e 5.659, atribuir eficácia *ex nunc*, a contar de 3/3/2021, data em que publicada a ata de julgamento das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade.

Ressalvou da modulação, porém, as seguintes situações:

- a) as ações judiciais já ajuizadas e ainda em curso em 2/3/2021;
- b) as hipóteses de bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 2/3/2021, nas quais será devida a restituição do ICMS recolhido, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até aquela data; e
- c) as hipóteses relativas a fatos geradores ocorridos até 2/3/2021 em que não houve o recolhimento do ISS ou do ICMS, nas quais será devido o pagamento do imposto municipal, respeitados os prazos decadencial e prescricional. Vencido o ministro Marco Aurélio, quanto à modulação.

ICMS

É inconstitucional decreto estadual que atribua às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade por substituição tributária pelo recolhimento do ICMS

A antecipação do ICMS com substituição tributária deve se harmonizar com a lei complementar federal que dispõe sobre a matéria (no caso, os arts. 6º e 9º da LC 87/96).

É imprescindível, ademais, que a instituição dessa substituição tributária seja feita por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa.

Logo, não basta que o decreto estadual atribua às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade por substituição tributária pelo recolhimento do ICMS. É indispensável que exista lei estadual.

Mesmo que exista um convênio ICMS interestadual autorizando a substituição tributária, como a CF/88 exige a edição de lei estadual em sentido estrito, esse convênio deve ser submetido à apreciação da Assembleia Legislativa.

Por meio do Convênio ICMS nº 50/2019, os estados signatários acordaram em adotar, quanto ao ICMS, o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica neles iniciadas com destino a distribuidora localizada no Estado do Amazonas. Ocorre que não foi editada lei no Estado do Amazonas autorizando essa substituição tributária. Logo, o Decreto nº 40.628/19 do Estado do Amazonas, ao instituir substituição tributária relativamente ao ICMS e incorporar à legislação amazonense o referido convênio, sem a prévia submissão desse à Assembleia Legislativa, incidiu em inconstitucionalidade formal.

STF. Plenário. ADI 6144/AM e ADI 6624/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

A situação concreta foi a seguinte:

No Amazonas, foi editado o Decreto nº 40.628/2019, que modificou diversos dispositivos do Regulamento do ICMS.

Esse Decreto afirmou que as empresas geradoras de energia elétrica teriam, na condição de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas operações subsequentes com energia elétrica.

Em outras palavras, o Decreto atribuiu às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade por substituição tributária pelo recolhimento do ICMS.

Foi ajuizada ADI contra essa previsão.

O que decidiu o STF? Esse Decreto é inconstitucional?

SIM.

É inconstitucional decreto estadual que atribua às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade por substituição tributária pelo recolhimento do ICMS.

STF. Plenário. ADI 6144/AM e ADI 6624/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 2/8/2021 (Info 1024).

Como vimos acima, o Decreto atribuiu às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade, por substituição tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes com energia elétrica (gerada por qualquer modalidade, ainda que por terceiros).

Segundo o mesmo Decreto, essa substituição se aplica às operações interestaduais com energia elétrica com destino à distribuidora localizada no Amazonas, na hipótese de o Estado do remetente ser signatário de convênio com normas nesse sentido. Com isso, as empresas geradoras de energia elétrica localizadas em outros estados também figuram como responsáveis tributárias por substituição.

O Decreto ainda estabeleceu que aquela substituição não se aplica às operações internas entre empresas geradoras de energia elétrica, subsistindo a responsabilidade em questão em face da empresa que efetuar a saída para a distribuidora.

No entanto, para haver substituição tributária relativamente ao ICMS, é imprescindível que haja a lei complementar federal, conforme exige o art. 155, § 2º, XII, “b”, da Constituição Federal e que o mecanismo esteja previsto em lei estadual, conforme determina o art. 150, § 7º, da CF/88:

Art. 155 (...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) dispor sobre substituição tributária;

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.

Assim, exige-se: lei complementar federal + lei estadual.

Se a operação for interestadual, exige-se ainda convênio.

Existe lei federal autorizando a substituição tributária envolvendo energia elétrica?

SIM. No que diz respeito ao primeiro requisito, a LC federal 87/96 (Lei Kandir) – que regulamenta o ICMS – permite que essa responsabilidade tributária seja atribuída por lei estadual:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

Se a operação for interestadual, a LC 87/96 exige ainda que haja um acordo celebrado pelos estados interessados:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

Em relação às operações com energia elétrica, a própria Lei Kandir já trouxe quais atores econômicos **podem** ser eleitos como substitutos tributários, mas não atribuiu, ela própria, desde logo, a nenhum sujeito passivo alguma responsabilidade por substituição tributária:

Art. 9º (...)

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º **poderá** ser atribuída:

(...)

II - às **empresas geradoras** ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

Existe convênio tratando sobre o tema?

SIM. O Convênio ICMS nº 50/2019, cujos estados signatários acordaram em adotar o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica com destino a distribuidora localizada no Estado do Amazonas.

E existe lei estadual atribuindo para as empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade tributária?

NÃO. Esse foi o problema.

O art. 150, § 7º da CF/88 exige lei estadual para atribuir essa responsabilidade tributária. Logo, o Convênio ICMS nº 50/2019 deveria ter sido submetido à apreciação da Assembleia Legislativa do Amazonas, o que não ocorreu.

A falta de submissão de tal convênio à Casa Legislativa não é suprida pela previsão do inciso VII do art. 25 do Código Tributário do Estado do Amazonas (acrescentado pela LC nº 84/2010). Isso porque esse dispositivo é anterior à celebração do referido convênio e só traz cláusula geral que não permite, no caso concreto, a identificação do responsável tributário por substituição.

Além disso, o dispositivo do Código Tributário do Amazonas apenas reitera aquilo que dispõe o art. 9º da Lei Kandir, o qual preceitua que a substituição tributária, quando envolver operações interestaduais, depende de acordo específico celebrado pelos estados interessados.

O Decreto não pode servir como se fosse lei estadual?

NÃO. Como já dito, o art. 150, § 7º, da CF/88 é claro ao exigir “lei”. Logo, se a substituição tributária não está prevista em lei estadual em sentido estrito (aprovada pela Assembleia Legislativa), o Decreto, ao tratar originariamente do assunto, inova no ordenamento jurídico e incide em inconstitucionalidade formal, por ofensa ao princípio da legalidade tributária.

Sobre o assunto, o STF assim se manifestou anteriormente:

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).

Com base nesse entendimento, o Plenário declarou a inconstitucionalidade dos arts. 1º, I e II, e 2º do Decreto 40.628/2019 do Estado do Amazonas.

Modulação dos efeitos

Foram modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo-se que a decisão produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ficando ressalvadas as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PENSÃO POR MORTE

É inconstitucional o reconhecimento de direitos previdenciários nas relações que se amoldam ao instituto do concubinato, mesmo que a união tenha sido mantida durante longo período e com aparência familiar

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável.

STF. Plenário. RE 883168/SC, Rel. Dias Toffoli, julgado em 2/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 526) (Info 1024).

Em que consiste a união estável?

A união estável é uma entidade familiar, caracterizada pela união entre duas pessoas, do mesmo sexo ou de sexos diferentes, que possuem convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

Previsão

O instituto da união estável é previsto no art. 226, § 3º da Constituição Federal e no art. 1.723 e seguintes do Código Civil:

Art. 226 (...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Apesar da CF/88 e do CC/2002 falarem em união de homem e mulher, o STF, ao julgar a ADI 4.277-DF em conjunto com a ADPF 132-RJ, entendeu que é possível a existência de uniões estáveis homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

Requisitos para a caracterização da união estável

- a) a união deve ser pública (não pode ser oculta, clandestina);
- b) a união deve ser duradoura, ou seja, estável, apesar de não se exigir um tempo mínimo;
- c) a união deve ser contínua (sem que haja interrupções constantes);
- d) a união deve ser estabelecida com o objetivo de constituir uma família;
- e) as duas pessoas não podem ter impedimentos para casar;
- f) a união entre essas duas pessoas deve ser exclusiva (é impossível a existência de uniões estáveis concomitantes e a existência de união estável se um dos componentes é casado e não separado de fato).

A coabitação é um requisito da união estável?

NÃO. O CC-2002 não exige que os companheiros residam sob o mesmo teto, de sorte que continua em vigor, com as devidas adaptações, a antiga Súmula 382-STF: A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João é casado com Francisca, com quem tem dois filhos.

Ocorre que João, em virtude de sua profissão, passa 15 dias por mês em outro Município trabalhando.

Em uma dessas viagens, ele conheceu Regina, por quem se apaixonou.

Diante disso, ele passou a também viver com Regina. 15 dias com a sua esposa e nos outros 15 dias com a outra mulher.

Em um Município, ele é conhecido publicamente como marido de Francisca e, no outro, como “companheiro” de Regina.

Vale ressaltar que uma não sabe da existência da outra.

Essa situação perdurou por 5 anos, até que João faleceu.

Ambas buscaram pensão por morte do INSS alegando que eram dependentes de João. Francisca, como cônjuge, e Regina, como companheira de união estável.

É possível reconhecer a existência de união estável, neste caso? Regina terá direito à pensão por morte?

NÃO. Como o indivíduo já era casado, a segunda relação firmada não pode ser reconhecida juridicamente como união estável. João mantinha com Regina algo que é denominado de “concubinato”, nos termos do art. 1.727 do Código Civil:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

“Etimologicamente, concubinato é comunhão de leito. Vem do latim *cum* (com); *cubrare* (dormir): concubinatos. Seria a união ilegítima do homem e da mulher. E, segundo o sentido de *concubinatus*, o estado de mancebia, ou seja, a companhia de cama sem provação legal.” (ROSA, Conrado Paulina da. *Direito de Família Contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 125).

Em virtude da tradição do direito brasileiro de proteger a monogamia em detrimento da autonomia privada, a jurisprudência não admite a existência concomitante de casamento e união estável. Também não se admite a existência concomitante de duas uniões estáveis.

Tal vedação encontra-se expressamente prevista na legislação?

SIM. Encontra-se na primeira parte do § 1º do art. 1.723 do Código Civil:

Art. 1.723 (...)

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; (...)

Art. 1.521. Não podem casar:

(...)

VI - as pessoas casadas;

Assim, a regra é a seguinte:

- pessoa casada com “A” não pode simultaneamente ter união estável com “B”;
- pessoa que já vive em união estável com “A” não pode simultaneamente ter união estável com “B”.

Nas palavras do Min. Dias Toffoli:

“Ora, se uma pessoa casada não pode casar, por força do art. 1.521, VI do Código Civil; se uma pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil; seguindo essa linha de argumentação, uma pessoa que esteja convivendo em uma união estável não pode ter reconhecida, simultaneamente, uma outra união estável.”

Exceção

O Código Civil prevê uma exceção a essa regra e diz que, se o indivíduo casado estiver separado de fato, ele poderá ter união estável com outra pessoa. É a segunda parte do § 1º do art. 1.723:

Art. 1723 (...)

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Assim, em nosso exemplo, se João estivesse separado de fato de Francisca, aí sim a sua relação com Regina poderia ser considerada como união estável.

Tese fixada pelo STF

O STF já possuía alguns julgados afirmando as conclusões acima expostas e, no fim de 2020, reafirmou sua jurisprudência sob a sistemática da repercussão geral, tendo fixado a seguinte tese:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 529) (Info 1003).

O STF afirmou que, em que pese o fato de o art. 226, § 3º, da Constituição Federal ter afastado o preconceito e a discriminação à união estável, que não mais faziam sentido frente à evolução da mentalidade social, constata-se que, em determinadas situações, a união não pode ser considerada estável, mas, sim, concubinato, quando houver causas impeditivas ao casamento, previstas no art. 1.521 do Código Civil.

O Direito brasileiro, à semelhança de outros sistemas jurídicos ocidentais, adota o princípio da monogamia, segundo o qual uma mesma pessoa não pode contrair e manter simultaneamente dois ou mais vínculos matrimoniais, sob pena de se configurar a bigamia, tipificada, inclusive, como crime previsto no art. 235 do Código Penal:

Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Por esse motivo, a existência de casamento ou de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos.

Posição do STJ

Importante esclarecer que o STJ já possuía o mesmo entendimento:

A relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável quando ausente separação de fato ou de direito do cônjuge.

Nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o Direito das obrigações.

A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula nº 380/STF).

STJ. 3ª Turma. REsp 1628701/BA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07/11/2017.

A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 999.189/MS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/05/2017.

Tema 529

Ao julgar o RE 883168/SC (Tema 529), o STF reafirmou seu entendimento:

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável.

STF. Plenário. RE 883168/SC, Rel. Dias Toffoli, julgado em 2/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 526) (Info 1024).

É inconstitucional o reconhecimento de direitos previdenciários nas relações que se amoldam ao instituto do concubinato, mesmo que a união tenha sido mantida durante longo período e com aparência familiar. O microsistema jurídico que rege a família como base da sociedade (CF, art. 226, caput) orienta-se pelos princípios da monogamia, da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de lealdade e fidelidade que visam a conferir maior estabilidade e segurança às relações familiares.

No Código Civil, a relação duradoura estabelecida entre pessoas impedidas de casar é nomeada concubinato para distingui-la da união estável, precisamente sob o aspecto do impedimento ao casamento, e afastar seu reconhecimento como entidade familiar (CC, art. 1.566, I). Para efeito de diferenciação entre a união estável e o concubinato, o art. 1.727 do CC deve ser lido em conjunto com o art. 1.723, § 1º, do CC.

Ademais, o Tribunal, ao debater questões similares, concluiu não ser possível o reconhecimento de uma segunda união estável e o consequente rateio de pensão por morte.

Qual a diferença entre o caso analisado (Tema 526) e aquele decidido pelo STF no Tema 529?

Na verdade, o Relator entendeu que há similitude entre as questões constitucionais debatidas em cada um dos temas:

Tema 526: 'Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada'.

Tema 529: 'Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, I, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento jurídico de união estável e de relação **homoafetiva** concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte'.

Assim, a única diferença é que, no Tema 529, o caso concreto envolvia relação homoafetiva, o que não interfere em nada. Desse modo, os dois temas poderiam até mesmo ter sido julgados em conjunto.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É proibido o pagamento de vantagem pecuniária a deputados estaduais por convocação para sessão extraordinária. ()
- 2) É inconstitucional norma estadual que estabeleça o pagamento a parlamentar — no início e no final de cada sessão legislativa — de ajuda de custo correspondente ao valor do próprio subsídio mensal. ()
- 3) (Vunesp/Valiprev/SP/Analista/2020) A Constituição Federal não veda que servidores que sejam remunerados por subsídio fixado em parcela única recebam benefício de natureza comprovadamente indenizatória. ()
- 4) É inconstitucional lei estadual que preveja que o Governador e o Vice-Governador do Estado não poderão receber remuneração inferior ao subsídio percebido pelos Desembargadores e pelos Deputados Estaduais. ()
- 5) É constitucional lei estadual que afirme que os Deputados Estaduais deverão receber 75% do subsídio dos Deputados Federais. ()
- 6) A Justiça Eleitoral é incompetente para processar e julgar crime comum conexo com crime eleitoral, se houve o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito eleitoral. ()
- 7) É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. ()
- 8) É inconstitucional decreto estadual que atribua às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade por substituição tributária pelo recolhimento do ICMS. ()
- 9) É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. ()

Gabarito

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

Citação da fonte:

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

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

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