

Informativo comentado: Informativo 1025-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

- *Não cabe ADI no TJ contra lei ou ato normativo municipal que viole a Lei Orgânica do Município.*

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

- *É constitucional lei estadual que autoriza a comercialização de bebidas alcoólicas em eventos esportivos.*
- *É constitucional lei municipal que disponha sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais em edifícios e condomínios.*

PODER EXECUTIVO

- *Lei estadual pode prever que, em caso de dupla vacância para os cargos de Governador e Vice nos dois últimos anos do mandato, a ALE realizará eleição indireta, de forma nominal e aberta.*

PODER JUDICIÁRIO

- *É inconstitucional a previsão de “controle de qualidade”, a cargo do Poder Executivo, para aferir os serviços públicos prestados pelo Poder Judiciário*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

NULIDADES

- *Principais conclusões jurídicas do STF a respeito da “Operação Jabuti”.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- *É constitucional a Resolução nº 13/2012, do Senado, que estabeleceu alíquotas do ICMS, nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Não cabe ADI no TJ contra lei ou ato normativo municipal que viole a Lei Orgânica do Município

Importante!!!

Ao analisar dispositivos da Constituição do Estado de Pernambuco, o STF chegou a duas importantes conclusões:

I – Não cabe controle concentrado de constitucionalidade de leis ou ato normativos municipais contra a Lei Orgânica respectiva.

Em outras palavras, a Lei Orgânica do Município não é parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade estadual, uma vez que a Constituição Federal, no art. 125, § 2º, estabelece como parâmetro apenas a Constituição Estadual.

Assim, é **inconstitucional dispositivo da Constituição estadual que afirme ser possível ajuizar ADI, no Tribunal de Justiça, contra lei ou ato normativo estadual ou municipal sob o argumento de que ele viola a Lei Orgânica do Município.**

II – Não compete ao Poder Legislativo, de qualquer das esferas federativas, suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, é **inconstitucional dispositivo da Constituição estadual que afirme que, se o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei em ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade), ele precisará comunicar essa decisão à Assembleia Legislativa (se for lei estadual) ou à Câmara de Vereadores (se for lei municipal) a fim de que o órgão legislativo suspenda a eficácia dessa lei.**
STF. Plenário. ADI 5548/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

O caso concreto foi o seguinte:

A Constituição do Estado de Pernambuco afirmou que seria possível ajuizar ADI contra lei ou ato normativo estadual ou municipal quando estivesse sendo violado algum dispositivo da Lei Orgânica do Município. Essa ADI seria julgada pelo Tribunal de Justiça:

Art. 61. Compete ao Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar originariamente:
(...)

I) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição, ou de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica respectiva

Além disso, a CE/PE também previu que, se o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei em ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade), ele comunicará essa decisão à Assembleia Legislativa (se for lei estadual) ou à Câmara de Vereadores (se for lei municipal) e o órgão legislativo irá suspender a eficácia dessa lei. Veja:

Art. 63. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

(...)

§ 3º Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa para promover a suspensão da eficácia da lei, em parte ou no seu todo, quando se tratar de afronta à Constituição Estadual, ou a Câmara Municipal quando a afronta for a Lei Orgânica respectiva.

Essas duas previsões são compatíveis com a Constituição Federal? A Constituição Estadual poderia ter fixado essas regras?

NÃO. Irei dividir a análise em duas partes.

QUANTO À PRIMEIRA PARTE (ART. 61, I, “L”, DA CE/PE):

Não se admite controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Lei Orgânica respectiva.

É inconstitucional adoção de lei orgânica municipal como parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade estadual, em face de ato normativo municipal, uma vez que a Constituição Federal, no art. 125, § 2º, estabelece como parâmetro apenas a Constituição estadual.

STF. Plenário. ADI 5548/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

Vamos entender com calma.

É possível que uma lei ou ato normativo municipal seja impugnado por meio de ADI proposta no Tribunal de Justiça?

SIM. A CF/88 autorizou essa possibilidade, determinando que o tema seja tratado nas Constituições estaduais. Confira:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.
§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais OU MUNICIPAIS em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimidade para agir a um único órgão.

A CF/88 utilizou o termo “representação de constitucionalidade”, mas é plenamente possível que a chamemos de “ação direta de constitucionalidade estadual” (ADI estadual).

Parâmetro (ou norma de referência)

Em controle de constitucionalidade, quando falamos em “parâmetro”, queremos dizer quais serão as normas da Constituição que serão analisadas para sabermos se a lei ou o ato normativo atacado realmente as violou. Em outras palavras, “parâmetro” são as normas que servirão como referência para que o Tribunal analise se determinada lei é ou não constitucional. Se a lei está em confronto com o parâmetro, ela é constitucional.

Quando é proposta uma ADI no STF contra lei federal ou estadual, qual é o parâmetro que será analisado pelo STF?

A Constituição Federal. Isso inclui: normas originárias, emendas constitucionais, normas do ADCT e tratados internacionais de direitos humanos aprovados por 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.

Assim, quando o autor propõe uma ADI no STF contra determinada lei, ele está dizendo que esta lei viola a CF/88 (parâmetro).

É possível que uma lei ou ato normativo municipal seja impugnado por meio de ADI proposta no Tribunal de Justiça?

SIM. O art. 125, § 2º da CF/88 autorizou essa possibilidade, determinando que o tema seja tratado nas Constituições estaduais.

Quando é proposta uma ADI no Tribunal de Justiça contra lei municipal, qual é o parâmetro que será analisado pelo Tribunal?

A Constituição Estadual. Isso está expressamente previsto no § 2º do art. 125 da CF/88:

“§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (...).”

Assim, em regra, quando o Tribunal de Justiça julga uma ADI proposta contra lei ou ato normativo estadual ou municipal, ele deverá analisar se esta lei ou ato normativo viola ou não algum dispositivo da Constituição Estadual.

Qual foi o “problema” da previsão contida no art. 61, I, “I”, da CE/PE?

Esse dispositivo afirmou que caberia ADI no TJ contra lei/ato normativo municipal que violasse a Lei Orgânica do Município. Ocorre que o § 2º do art. 125 da CF/88 não autorizou essa possibilidade de parâmetro. O § 2º do art. 125 da CF/88 afirmou que somente cabe ADI no TJ se o parâmetro for a Constituição Estadual, ou seja, se a lei ou ato normativo violar a Constituição Estadual.

- ADI alegando que a lei ou ato normativo viola a CE: é possível (o art. 125, § 2º da CF/88 autorizou).
- ADI alegando que a lei ou ato normativo viola a LO: não é possível (o art. 125, § 2º da CF/88 foi silente e, portanto, entende-se que não autorizou).

Assim, o STF entende que o controle concentrado de lei municipal contra a Lei Orgânica do mesmo Município não deve ser admitido por ausência de previsão constitucional: (...) 2. Controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Lei Orgânica do Município. Inexistência de previsão constitucional. (...) (RE 175.087/SP, Rel. Min. Néri da Silveira).

Se uma lei ou ato normativo municipal viola a Lei Orgânica Municipal, “não estaremos diante de controle de constitucionalidade, mas de simples controle de legalidade, cujas regras deverão ser explicitamente previstas na Lei Orgânica de cada Município.” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 525).

E se fosse a Lei Orgânica do Distrito Federal? Cabe ADI no TJDFT contra lei ou ato normativo distrital que viola a Lei Orgânica do Distrito Federal?

SIM. Isso porque prevalece que a Lei Orgânica do Distrito Federal possui a mesma natureza jurídica de uma Constituição Estadual. Nesse sentido, confira o que afirmou o Min. Ricardo Lewandowski no voto condutor proferido no RE 577.025:

“(...) muito embora não tenha o constituinte incluído o Distrito Federal no art. 125, § 2º, que atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para instituir a representação de inconstitucionalidade em face das constituições estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal apresenta, no dizer da doutrina, a natureza de verdadeira Constituição local, ante a autonomia política, administrativa e financeira que a Carta confere a tal ente federado. (...)”

STF. Plenário. RE 577.025, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 11/12/2008.

Justamente por isso, a Lei Federal nº 11.697/2008 (Lei de organização judiciária do Distrito Federal) prevê que:

Art. 8º Compete ao Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: (...) n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica;

QUANTO À SEGUNDA PARTE (ART. 63, § 3º DA CE/PE):

Em seu art. 63, § 3º, a CE/PE afirmou que, se o Tribunal de Justiça, no julgamento de uma ADI (controle concentrado de constitucionalidade), declarar a inconstitucionalidade de lei, ele deverá comunicar essa decisão à Assembleia Legislativa (se for lei estadual) ou à Câmara de Vereadores (se for lei municipal) a fim de que o respectivo órgão legislativo suspenda a eficácia da lei.

Esse dispositivo da Constituição do Estado de Pernambuco foi mal inspirado na previsão do art. 52, X, da CF/88, que diz:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
--

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O STF, contudo, afirmou que o art. 63, § 3º da CE/PE é inconstitucional justamente por violar o art. 52, X, da CF/88.

O art. 52, X, da CF/88 é uma regra que somente vale para o controle difuso de constitucionalidade. Este dispositivo da Carta Magna não tem cabimento quando a decisão decorrer de julgamento de controle concentrado de constitucionalidade, como na ADI.

As decisões tomadas em controle concentrado já são dotadas de eficácia *erga omnes* por força do art. 102, § 2º da CF/88:

Art. 102 (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Desse modo, a atuação do Poder Legislativo só se justifica no âmbito do controle difuso — de modo a expandir a todos os efeitos de decisão dotada originalmente com eficácia “entre as partes”.

A Constituição Estadual não poderia ter disciplinado o tema de maneira diversa, submetendo às Casas Legislativas estaduais ou municipais a atribuição de suspender a eficácia de lei já declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça local no julgamento de ADI.

Em suma:

Não compete ao Poder Legislativo, de qualquer das esferas federativas, suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade.

STF. Plenário. ADI 5548/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

É constitucional lei estadual que autoriza a comercialização de bebidas alcoólicas em eventos esportivos

Não invade a competência da União para o estabelecimento de normas gerais sobre consumo e desporto a autorização e regulamentação, por Estado-membro, da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos.

STF. Plenário. ADI 5112/BA, Rel. Min Edson Fachin, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

O caso concreto foi o seguinte:

A Lei estadual nº 12.959/2014, da Bahia, autorizou e regulamentou a venda e o consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos e arenas desportivas naquele Estado.

A Procuradora-Geral da República ajuizou ADI contra esta lei afirmando que ela trata sobre “consumo”, matéria que é de competência concorrente (art. 24, V, da CF/88). Até aí, tudo bem.

Ocorre que, para a PGR, o legislador estadual violou as normas gerais da União. Isso porque a União editou a Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor), que proibiu o porte de bebidas alcoólicas em eventos esportivos nos seguintes termos:

Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:

(...)

II - não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência; (Incluído pela Lei nº 12.299/2010).

O que decidiu o STF? Essa Lei estadual é inconstitucional?

NÃO. O STF julgou improcedente o pedido formulado na ADI, declarando a constitucionalidade da Lei nº 12.959/2014, do Estado da Bahia.

Estatuto do Torcedor é a norma geral

A União editou a Lei nº 10.671/2003, que instituiu o Estatuto de Defesa do Torcedor, cuja finalidade precípua é fixar direitos e deveres para aqueles que apreciem, apoiem ou se associem a qualquer entidade de prática desportiva no país e acompanhem a prática de determinada modalidade esportiva (art. 2º). Ao assim dispor, o legislador federal estabeleceu a normatização geral sobre a matéria.

Estatuto do Torcedor não detalhou quais bebidas seriam proibidas

O art. 13-A, II, da Lei 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor) não especificou quais seriam as bebidas proibidas. Depois da palavra “bebidas”, o legislador não incluiu o qualificativo “alcoólicas”.

E há razão para isso, já que, na edição de normas gerais, a União não deve pormenorizar a legislação tendo em vista que cabe aos Estados-membros suplementar as normas gerais segundo suas particularidades.

Dessa forma, o STF entendeu que compete ao legislador estadual definir, observadas as especificidades locais, quais bebidas são proibidas nos estádios.

Logo, não se verifica inconstitucionalidade formal na previsão da Lei do Estado da Bahia tendo em vista que não houve violação ao Estatuto do Torcedor.

Não há inconstitucionalidade material

A PGR alegou também que haveria inconstitucionalidade material em virtude da violação ao princípio da proporcionalidade, afirmando que a “*violação à proporcionalidade, na ótica da proibição de proteção insuficiente, materializa-se na permissão de venda e de consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos, estádios e arenas desportivas no Estado da Bahia*”.

Para o STF, não atenta contra a proporcionalidade, ao contrário vai a seu encontro, disposição, como a que consta da lei impugnada, que limite o consumo da bebida alcoólica entre o início da partida e o intervalo do segundo tempo.

Além de as disposições normativas não atentarem contra a proporcionalidade, no caso analisado, a norma impugnada atende ao disposto no Decreto 6.117/2007, alinhando-se às campanhas para o consumo consciente e responsável e a outras medidas que devem ser tomadas pelos demais entes federados e pelas entidades responsáveis pela organização dos eventos.

Em suma:

Não invade a competência da União para o estabelecimento de normas gerais sobre consumo e desporto a autorização e regulamentação, por estado-membro, da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos.

STF. Plenário. ADI 5112/BA, Rel. Min Edson Fachin, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

Esse já era o entendimento da Corte:

É constitucional lei estadual que autoriza a comercialização de bebidas alcoólicas nas arenas desportivas e nos estádios.

Trata-se de legislação sobre consumo, matéria de competência concorrente (art. 24, V, da CF/88).

O art. 13-A, II, da Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor) indica como “condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo”, entre outras, “não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência”.

Não há, contudo, uma vedação geral e absoluta por parte do Estatuto do Torcedor, de modo que o legislador estadual, no exercício de sua competência concorrente complementar, observadas as especificidades locais, pode regulamentar a matéria, autorizando, por exemplo, a venda de cerveja e chope (bebidas de baixo teor alcóolico) nos estádios. Vale lembrar que isso já é autorizado nos grandes eventos mundiais de futebol e outros esportes, inclusive na Copa do mundo organizada pela FIFA e nas Olimpíadas.

STF. Plenário. ADI 6195, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/03/2020.

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

É constitucional lei municipal que disponha sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais em edifícios e condomínios

Compete aos municípios legislar sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios, em razão do preponderante interesse local envolvido.

STF. Plenário. RE 738481/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 16/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 849) (Info 1025).

O que é um hidrômetro? Qual é a importância de serem instalados hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios?

Hidrômetro é o aparelho que mede a quantidade de água consumida. Na linguagem popular, é conhecido como “relógio”.

Nos condomínios mais antigos, normalmente não havia hidrômetros individualizados para cada unidade autônomo (ex: cada apartamento). Geralmente, havia apenas um hidrômetro e a medição do uso de água ocorria de forma coletiva, ou seja, no fim do mês era apurado o que todo o condomínio consumiu de água e dividido igualmente entre todas as unidades. Essa sistemática, além de injusta, gera um aumento do desperdício e, consequentemente, uma utilização menos racional dos recursos hídricos.

Diante desse cenário, várias leis municipais passaram a exigir a instalação de hidrômetros separados para cada unidade autônoma do condomínio. Em outras palavras, cada unidade autônoma deveria ter seu próprio “relógio” medidor do consumo de água.

Veja abaixo alguns benefícios de se adotar hidrômetros individuais nos condomínios:

“• A instalação de hidrômetros individuais é uma das formas mais eficientes para diminuir o desperdício, já que a medição é individualizada.

- Torna mais justo o rateio dos custos de água entre os moradores
- Evita que o condomínio tenha que pagar a conta dos inadimplentes.
- A detecção de vazamentos é muito mais fácil, visto que a empresa responsável pelo serviço monitora o consumo de água todo o tempo.
- Os condôminos passam a consumir água com mais consciênci a e o meio ambiente ganha também.
- Dificulta fraudar o sistema de abastecimento com os famosos “gatos” já que há monitoração por unidade. Qualquer redução ou aumento brusco é analisado.” (<https://www.hivecondominio.com.br/blog/importancia-hidrometro-em-condominios/>)

Lei Municipal de Aracaju

Em Aracaju (SE) foi editada a Lei Municipal nº 2.879/2000 que obrigou a instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios construídos naquela cidade, a partir de sua publicação, em 30/12/2000:

Art. 10. Fica obrigada a instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios construídos no Município de Aracaju, a partir da publicação desta lei.

Essa lei é constitucional? O Município pode legislar sobre o tema?

SIM.

É constitucional lei municipal que disponha sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais em edifícios e condomínios.

STF. Plenário. RE 738481/SE, Rel. Edson Fachin, julgado em 16/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 849) (Info 1025).

O fornecimento de água é serviço público de interesse predominantemente local. Assim, a competência para legislar sobre a matéria é dos municípios, conforme previsto no art. 30, I e V, da CF/88:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

PODER EXECUTIVO

Lei estadual pode prever que, em caso de dupla vacância para os cargos de Governador e Vice nos dois últimos anos do mandato, a ALE realizará eleição indireta, de forma nominal e aberta

Importante!!!

Os estados-membros, no exercício de suas autonomias, podem adotar o modelo federal previsto no art. 81, § 1º, da Constituição, cuja reprodução, contudo, não é obrigatória.

No caso de dupla vacância, faculta-se aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios a definição legislativa do procedimento de escolha do mandatário político.

No caso de realização de eleição indireta, a previsão normativa estadual de votação nominal e aberta é compatível com a CF/88.

Caso concreto: lei da Bahia afirmou que, se o Governador e o Vice-Governador deixarem os cargos nos dois últimos anos do mandato, a Assembleia Legislativa deverá realizar uma eleição indireta, de forma nominal e aberta. Para o STF, essa lei é constitucional, sob os pontos de vista formal e material.

STF. Plenário. ADI 1057/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

O caso concreto foi o seguinte:

No Estado da Bahia, foi editada a Lei nº 6.571/94, disciplinando o que deverá acontecer se houver a vacância dos cargos de Governador e Vice-Governador nos dois últimos anos do mandato.

Segundo a referida Lei estadual, se o Governador e o Vice-Governador da Bahia deixarem os cargos durante os dois últimos anos do mandato, a Assembleia Legislativa deverá realizar uma eleição indireta, ou seja, na qual apenas os Deputados Estaduais irão votar, de forma aberta, ou seja, o voto não é secreto. Cada Deputado poderá inscrever uma chapa formada por candidatos que sejam brasileiros com mais de 30 anos de idade.

Veja abaixo a redação da Lei:

Art. 1º Ocorrendo a vacância dos cargos de Governador do Estado e Vice-Governador, nos dois últimos anos de mandato, a eleição para preenchimento dos cargos será feita pelo sufrágio dos deputados integrantes da Assembleia Legislativa, em sessão pública e através votação nominal e aberta.

Art. 2º Cada deputado poderá inscrever, perante a Mesa da Assembleia, uma chapa composta por brasileiros maiores de 30 anos, até 48 horas antes da data da realização da eleição, sendo considerados eleitos os candidatos cuja chapa obtiver a maioria dos votos dos deputados.

Art. 3º A eleição deverá ocorrer 30 dias depois da última vaga, em sessão extraordinária, marcada para tal fim.

Art. 4º A Mesa da Assembleia poderá expedir normas que facilitem a aplicação desta Lei, que entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

ADI

Alguns partidos políticos propuseram uma ADI contra essa lei.

Os autores argumentaram que a lei teria dois vícios: um formal e um material.

O vício formal seria pelo fato de que essa matéria teria cunho eminentemente eleitoral, sendo, portanto, assunto de competência privativa da União (art. 22, I, da CF/88).

O vício material estaria no fato de que a lei prevê a votação nominal e aberta, o que violaria o art. 14 e o art. 60, § 4º, II, da CF/88, que falam em voto secreto.

O que o STF decidiu? Essa Lei estadual é inconstitucional?

NÃO.

O art. 81 da CF/88 não é dispositivo de reprodução obrigatória por Estados/DF e Municípios

A CF/88 não trata expressamente sobre a vacância dos cargos de Govenador e Vice-Governador.

Por outro lado, o texto constitucional disciplina a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos seguintes termos:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.
(...)

O STF decidiu que:

Os Estados-membros não estão sujeitos ao modelo previsto no art. 81 da CF/88, cuja reprodução não é obrigatória. Em outras palavras, as Constituições e leis estaduais, quando tratarem sobre a vacância dos cargos de Governador e Vice-Governador não precisam, obrigatoriamente, copiar o mesmo modelo do art. 81 da CF/88, podendo dispor normativamente de forma diversa, com fundamento em sua autonomia. Desse modo, no caso de dupla vacância, faculta-se aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios a definição legislativa do procedimento que será adotado para a escolha do mandatário político.

Os Estados-membros, no exercício de suas autonomias, podem adotar o modelo federal previsto no art. 81, § 1º, da Constituição, cuja reprodução, contudo, não é obrigatória.

No caso de dupla vacância, faculta-se aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios a definição legislativa do procedimento de escolha do mandatário político.

STF. Plenário. ADI 1057/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

Não há invasão da competência da União para legislar sobre direito eleitoral

A prerrogativa que os Estados-membros, o DF e os Municípios possuem para tratar sobre esse assunto não se confunde com a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da CF/88), apesar da indiscutível natureza eleitoral do procedimento de escolha do mandatário político, cujos procedimentos devem observar, tanto quanto possível, os requisitos de elegibilidade e as causas de inelegibilidade em relação aos candidatos, dentre outras regras previstas na legislação eleitoral.

Essa lei trata, na verdade, sobre algo mais amplo, que é a própria “organização dos poderes”.

Como vimos acima, a Constituição Federal foi silente quanto ao processo de eleição indireta no âmbito estadual. A ausência de regulamentação constitucional sobre o tema abre margem para que os Estados-membros façam a auto normação, baseados em sua autonomia federativa.

A previsão da lei estadual de votação nominal e aberta para a eleição indireta é compatível com a CF/88

A CF/88, de fato, prevê no art. 14 e no art. 60, § 4º, II, a cláusula do voto secreto. Isso, contudo, tem por finalidade garantir ao **cidadão eleitor** o livre direito de escolha de seus representantes políticos, protegendo-o de influências ou pressões de natureza econômica e social.

Trata-se de uma garantia inafastável do cidadão, tanto que foi prevista como cláusula pétrea.

Essa presunção de garantia, contudo, se inverte no caso de votações promovidas no âmbito dos órgãos legislativos.

No caso de votações ocorridas no âmbito do Parlamento, o **dover de transparência** se sobrepõe ao sigilo do ato deliberativo. A publicidade é a regra, sendo colocada como direito e ferramenta de controle social do Poder Público.

- Na eleição direta, o voto secreto é uma garantia do cidadão.
- Na eleição indireta, o voto aberto é que representa a garantia do cidadão.

Tal entendimento fundamentou, inclusive, a edição da EC 76/2013, que aboliu a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador e de apreciação de voto.

No mais, as condições de elegibilidade e inelegibilidade previstas no art. 14 da Constituição Federal são de observância cogente, a fim de se resguardar a lisura do procedimento de escolha, evitando-se o ingresso de candidatos sem observância das condições de exercício do *jus honorum*, em nítida fraude ao sistema de proteção fixado na Lei Fundamental.

Em suma:

No caso de realização de eleição indireta, a previsão normativa estadual de votação nominal e aberta é compatível com a Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 1057/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

PODER JUDICIÁRIO

É inconstitucional a previsão de “controle de qualidade”, a cargo do Poder Executivo, para aferir os serviços públicos prestados pelo Poder Judiciário

Caso concreto: Lei estadual previu a possibilidade de o Poder Executivo fazer o controle de qualidade da prestação de serviços públicos prestados pelo Poder Judiciário (exs: tempo médio de atendimento ao cidadão quando de demandas judiciais; índice de satisfação do cidadão com os serviços de justiça; taxa de resolução de demandas de cidadãos por justiça em prazos inferiores a 90 dias).

Tais dispositivos da lei estadual são **inconstitucionais**.

A possibilidade de um órgão externo exercer atividade de fiscalização das atividades do Poder Judiciário, sob pena de sanções pecuniárias e controle orçamentário, ofende a independência e a autonomia financeira, orçamentária e administrativa do Poder Judiciário, consagradas nos arts. 2º e 99 da Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 1905/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

O caso concreto foi o seguinte:

No Rio Grande do Sul, foi editada a Lei nº 11.075/98, que estabeleceu o controle de qualidade da prestação de serviços públicos no âmbito do ente federado, neles incluso o serviço jurisdicional.

Irei destacar aqui três artigos da Lei:

Art. 2º Constituem também objetivos deste código, balizar e avaliar a qualidade dos serviços de natureza pública e bens de uso comum do povo, buscando a adequação ao uso e satisfação dos consumidores, observadas as necessidades de universalização dos serviços e racionalização dos custos decorrentes, especialmente nas áreas de:

(...)

IX - justiça;

Art. 33. Este capítulo define os indicadores básicos dos serviços públicos de justiça em primeira e segunda instâncias no Estado do Rio Grande do Sul.

Art. 34. A quantificação dos índices relativos à justiça será calculada pelos seguintes indicadores:

I - tempo médio de atendimento ao cidadão quando de demandas judiciais;

II - índice de satisfação do cidadão com os serviços de justiça;

III - nível de universalização dos serviços de justiça;

IV - taxa de resolução de demandas de cidadãos por justiça em prazos inferiores a 90 dias;

V - matriz de Qualidade Técnica da Justiça, indicador global, oriundo da ponderação dos demais indicadores deste artigo.

Em caso de não atingimento dos índices de qualidade definidos, a Lei previa a possibilidade de sanções pecuniárias e de um controle orçamentário.

ADI

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou ADI contra esses três dispositivos acima transcritos.

A Associação argumentou que as normas questionadas, ao estabelecerem o controle pelo Poder Executivo das atividades do Poder Judiciário, incidiriam em **inconstitucionalidade** porque afrontaram o princípio da independência entre os Poderes.

O que decidiu o STF? Os dispositivos impugnados são inconstitucionais?

SIM.

É inadmissível a previsão de “controle de qualidade” — a cargo do Poder Executivo — de serviços públicos prestados por órgãos do Poder Judiciário.

STF. Plenário. ADI 1905/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

Princípio da separação de poderes e autonomia do Poder Judiciário

A possibilidade de um órgão externo exercer atividade de fiscalização das atividades do Poder Judiciário, sob pena de sanções pecuniárias e controle orçamentário, ofende a independência e a autonomia financeira, orçamentária e administrativa do Poder Judiciário, consagradas nos arts. 2º e 99 da Constituição Federal.

O art. 33 da lei estadual é voltado especificamente ao controle da eficiência dos serviços prestados pelos “órgãos de primeira e segunda instância no Estado do Rio Grande do Sul”, terminologia essa afeta à estrutura do Poder Judiciário.

O art. 34, por sua vez, enumera, como critério de qualidade, o tempo para a solução de demandas de caráter jurisdicional.

A leitura conjugada dos dispositivos impugnados com os outros componentes da mesma lei estadual resulta na construção de um efetivo aparato de controle, o qual extrapola a simples elaboração de dados estatísticos.

Assim, a norma questionada fere a independência do Poder Judiciário ao submetê-lo a controle de eficiência pelo Poder Executivo local.

A Constituição Federal é a grande legitimadora dos mecanismos de freios e contrapesos, sendo vedadas as ingerências, que não derivem explícita ou implicitamente de regra ou princípio da CF, de um Poder na órbita de outro.

Controle administrativo do Poder Judiciário

Sobre o tema acima, vale a pena recordar da Súmula 649 do STF:

Súmula 649-STF: É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidade.

Esse enunciado afirma que é vedada a criação, nos Estados-membros, de Conselho Estadual de Justiça, com a participação de representantes de outros Poderes ou entidades, considerando que isso viola o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF/88).

Deve-se esclarecer que o raciocínio dessa Súmula 649 não pode ser aplicado para o Conselho Nacional de Justiça, uma vez que, segundo decidiu o STF, o CNJ é um órgão interno do Poder Judiciário (art. 92, I-A, da CF/88) e em sua composição apresenta maioria qualificada de membros da magistratura (art. 103-B).

Além disso, o Poder Legislativo estadual, ao contrário do Congresso Nacional, não possui competência para instituir conselhos, internos ou externos, para fazer o controle das atividades administrativas, financeiras e disciplinares do Poder Judiciário. O STF afirmou que o Poder Judiciário é nacional e, nessa condição, rege-se por princípios unitários enunciados pela CF (STF ADI 3367, julgado em 13/04/2005).

Em suma, o CNJ é constitucional, mas os Estados-membros não podem criar Conselhos Estaduais de Justiça.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

NULIDADES

Principais conclusões jurídicas do STF a respeito da “Operação Jabuti”

Importante!!!

Caso concreto: “OSD”, advogado acusado da prática de diversos crimes, celebrou acordo de colaboração premiada com o MPF de 1^a instância, homologado pelo Juízo Federal de 1^a instância. O delator acusou 23 advogados de realizarem contratações “alegadamente fictícias”, entre os anos de 2012 e 2018, relacionando o fato à suposta prática de crimes contra a Administração Pública, tais como corrupção ativa e corrupção passiva e conectando esses fatos a autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função no STF, razão pela qual teria havido usurpação de competência da Corte para homologar o acordo. O Juízo Federal, após o recebimento da denúncia, teria determinado a realização de buscas e apreensões criminais nos escritórios de advocacia e em endereços residenciais de diversos advogados delatados.

A OAB/DF, OAB/SP, OAB/AL e OAB/RJ ajuizaram reclamação, no STF, contra a decisão que homologou esse acordo de colaboração premiada. Os reclamantes alegaram, dentre outros argumentos, que o MPF de 1^a instância não teria atribuição para firmar o acordo com o delator considerando que o signatário estaria delatando autoridades com foro por prerrogativa de função, de sorte que estaria havendo uma violação às atribuições da Procuradoria-Geral da República. Ademais, o juízo federal de 1^a instância não teria competência para homologar o acordo, por usurpar a competência do STF.

Principais conclusões do STF:

- 1) Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) possuem legitimidade para ingressar com reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em defesa dos interesses concretos e das prerrogativas de seus associados, nos termos da expressa previsão legal.
- 2) No caso concreto, entendeu-se que os reclamantes não demonstraram a usurpação de competência do STF. A despeito disso, o STF afirmou que se constatou que foram praticadas ilegalidades flagrantes e, diante disso, a Corte reputou ser possível a concessão de “habeas corpus” de ofício em sede de reclamação constitucional, nos termos do art. 193, II, do RISTF e do art. 654, § 2º, do CPP.
- 3) Compete à Justiça estadual processar e julgar fatos envolvendo entidades integrantes do denominado “Sistema S”.
- 4) Além de violar prerrogativas da advocacia, a deflagração de amplas, inespecíficas e desarrazoadas medidas de busca e apreensão em desfavor de advogados pode evidenciar a prática de “fishing expedition”.
- 5) Extrai-se do art. 394 e seguintes do CPP que a produção probatória após o oferecimento da denúncia deve ocorrer em juízo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

STF. 2^a Turma. Rcl 43479/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2021 (Info 1025).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

“OSD”, advogado acusado da prática de diversos crimes, celebrou acordo de colaboração premiada com o MPF de 1^a instância (Procuradores da República), homologado pelo Juízo Federal de 1^a instância. O delator acusou 23 advogados de realizarem contratações “alegadamente fictícias”, entre os anos de 2012 e 2018, relacionando o fato à suposta prática de crimes contra a Administração Pública, tais como corrupção ativa e corrupção passiva e conectando esses fatos a autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal (Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do

Tribunal de Contas da União), razão pela qual teria havido usurpação de competência da Corte para homologar o acordo.

O Juízo Federal, após o recebimento da denúncia, teria determinado a realização de buscas e apreensões criminais nos escritórios de advocacia e em endereços residenciais de diversos advogados delatados.

Reclamação

Os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil de diversos estados ajuizaram reclamação, no STF, contra a decisão que homologou esse acordo de colaboração premiada.

Os reclamantes alegaram, dentre outros argumentos, que o MPF de 1^a instância não teria atribuição para firmar o acordo com o delator considerando que o signatário estaria delatando autoridades com foro por prerrogativa de função, de sorte que estaria havendo uma violação às atribuições da Procuradoria-Geral da República. Ademais, o juízo federal de 1^a instância não teria competência para homologar o acordo, por usurpar a competência do STF.

Primeiro ponto: a reclamação foi ajuizada pela OAB/DF, OAB/SP, OAB/AL e OAB/RJ. Tais seccionais possuíam legitimidade, no caso concreto?

SIM.

Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) possuem legitimidade para ingressar com reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em defesa dos interesses concretos e das prerrogativas de seus associados, nos termos da expressa previsão legal.

STF. 2^a Turma. Rcl 43479/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2021 (Info 1025).

A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) confere ampla legitimidade à OAB para atuar em defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito e de todos os advogados integrantes dos seus quadros, conforme se observa do art. 44, I e II, do art. 49, parágrafo único, e do art. 54, II e III, c/c o art. 57:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

(...)

II - representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados;

III - velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia;

(...)

Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua

competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.

Essas normas estão em consonância com a qualificação de função essencial à justiça atribuída à advocacia pelo art. 133 da Constituição Federal, bem assim com o papel da OAB, com ampla capacidade postulatória, conforme reconhecido pela jurisprudência do STF.

Não demonstração de afronta à competência do STF, mas concessão de habeas corpus de ofício

No caso concreto, entendeu-se que os reclamantes não demonstraram a usurpação de competência do STF. A despeito disso, o STF afirmou que se constatou que foram praticadas ilegalidades flagrantes relacionadas com a competência do juízo e com a decretação de medidas de busca e apreensão em desfavor de advogados.

Diante dessas ilegalidades flagrantes, o STF entendeu que deveria ser concedido habeas corpus de ofício:

Diante de flagrante ilegalidade, é possível a concessão de “habeas corpus” de ofício em sede de reclamação constitucional, nos termos do art. 193, II, do Regimento Interno do STF (RISTF) e do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

STF. 2ª Turma. Rcl 43479/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2021 (Info 1025).

RISTF / Art. 193. O Tribunal poderá, de ofício:

(...)

II – expedir ordem de habeas corpus quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

CPP / Art. 654 (...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Impende registrar a relevância do tema em discussão — notadamente por se relacionar às funções e prerrogativas da advocacia no âmbito do sistema de justiça criminal e do Estado Democrático de Direito — e a necessidade de se promover o devido controle de todas as ilegalidades praticadas, no caso concreto, pelo magistrado da Vara Federal, ora reclamado.

Incompetência do juízo federal

A investigação e, posteriormente, a ação penal apuravam um suposto desvio de recursos pertencentes ao Senac (Serviço Social do Comércio), Sesc (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) e Fecomércio (Federação do Comércio).

Ocorre que as entidades do “Sistema S” (Sesc, Senac, Sebrae) são pessoas jurídicas de direito privado dotadas de recursos próprios, definitivamente incorporados aos seus patrimônios, ainda que com base em contribuições parafiscais pagas pelos contribuintes e a elas repassadas imediatamente pela Receita Federal. Portanto, mesmo que esses recursos sejam fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União, não se trata de recursos que integram os bens ou o patrimônio da União.

Logo, a apuração desses eventuais delitos não seria de competência da Justiça Federal tendo em vista que a regra prevista no art. 109, IV, da CF/88 exige que o interesse da União seja direto e específico, não sendo suficiente o interesse genérico da coletividade:

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

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Assim, ausente interesse direto e específico da União:

Compete à Justiça estadual processar e julgar fatos envolvendo entidades integrantes do denominado “Sistema S”.

STF. 2ª Turma. Rcl 43479/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2021 (Info 1025).

Busca e apreensão

A jurisprudência do STF confere interpretação estrita e rígida às normas que possibilitam a realização de busca e apreensão, em especial quando direcionadas a advogados no exercício de sua profissão.

Na situação em apreço, não foram observados os requisitos legais nem as prerrogativas da advocacia, com ampla deflagração de medidas que objetivaram “pescar” provas contra os advogados denunciados e possíveis novos investigados.

Ressalta-se que, ao deferir a busca e apreensão, a autoridade reclamada não demonstrou a imprescindibilidade em concreto da medida para o processamento dos fatos.

Além de violar prerrogativas da advocacia, a deflagração de amplas, inespecíficas e desarrazoadas medidas de busca e apreensão em desfavor de advogados pode evidenciar a prática de “fishing expedition”.

STF. 2ª Turma. Rcl 43479/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2021 (Info 1025).

Fishing expedition (muita atenção a essa terminologia!)

Fishing expedition consiste em “uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de ínole Constitucional.” (MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. Disponível em: <http://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017>).

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, a prática da *fishing expedition* consiste em “investigações genéricas para buscar elementos incriminatórios aleatoriamente, sem qualquer embasamento prévio” (HC 163461).

Assim, as *fishing expeditions* são “investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro” (Min. Celso de Mello, RE 1055941/SP).

Na doutrina alemã, Bernd Schunemann chama de “efeito hidra”, consistente na busca permanentemente ampliada (estendida) e com isso invasiva, com a finalidade de alcançar vestígios de fatos que inclusive se desconhece. (SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 33, citado por ROSA, Alexandre Morais da; MENDES, Tiago Bunning. Limites para evitar o fishing expedition: análise da decisão do Min. Celso de Mello no Inq. 4.831/DF. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/limites-para-evitar-o-fishing-expedition-analise-da-decisao/>)

Houve uma ampla realização de medidas de busca e apreensão depois de formalizada a denúncia, caracterizando indevida prática de fishing probatório

Na espécie, a medida de investigação prévia foi executada depois de ser formalizada a denúncia contra os advogados, em evidente inversão processual. Com efeito, a ampla realização de medidas de busca e apreensão depois da formalização da denúncia, que pressupõe a colheita de um lastro probatório mínimo e o encerramento da fase investigatória, indica o objetivo de expandir a acusação, em indevida prática de *“fishing probatório”*.

Extrai-se do art. 394 e seguintes do CPP que a produção probatória após o oferecimento da denúncia deve ocorrer em juízo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

STF. 2^a Turma. Rcl 43479/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2021 (Info 1025).

Conclusão

Com base nesses e em outros entendimentos, a 2^a Turma do STF, por maioria, conheceu da reclamação e, no mérito, por unanimidade, julgou-a improcedente.

Na sequência, em votação majoritária, o colegiado concedeu ordem de habeas corpus, de ofício, para decretar a incompetência absoluta da Justiça Federal, determinar a nulidade de todos os atos decisórios proferidos pelo juízo da 7^a Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e remeter os autos à Justiça comum do estado do Rio de Janeiro, a quem competirá processar, julgar o feito e aferir eventuais especificidades quanto à remessa de parte da investigação à Justiça Federal do Distrito Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes (relator).

Ficou vencido o ministro Edson Fachin.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

É constitucional a Resolução nº 13/2012, do Senado, que estabeleceu alíquotas do ICMS, nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior

É constitucional resolução do Senado Federal que fixa alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) aplicável às operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.

STF. Plenário. ADI 4858/DF, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

O caso concreto foi o seguinte:

O Senado Federal editou a Resolução nº 13/2012, que estabeleceu “alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior”.

Se precisar aprofundar o estudo, confira a íntegra da Resolução:

Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 4% (quatro por cento).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembarque aduaneiro:

I - não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

II - ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento).

§ 2º O Conteúdo de Importação a que se refere o inciso II do § 1º é o percentual correspondente ao quociente entre o valor da parcela importada do exterior e o valor total da operação de saída interestadual da mercadoria ou bem.

§ 3º O Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) poderá baixar normas para fins de definição dos critérios e procedimentos a serem observados no processo de Certificação de Conteúdo de Importação (CCI).

§ 4º O disposto nos §§ 1º e 2º não se aplica:

I - aos bens e mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, a serem definidos em lista a ser editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex) para os fins desta Resolução;

II - aos bens produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, e as Leis nºs 8.248, de 23 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 10.176, de 11 de janeiro de 2001, e 11.484, de 31 de maio de 2007.

Art. 2º O disposto nesta Resolução não se aplica às operações que destinem gás natural importado do exterior a outros Estados.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em 1º de janeiro de 2013.

ADI

A Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo ajuizou ADI contra a Resolução argumentando, em resumo, o seguinte:

- a) o Senado Federal teria extrapolado a autorização constitucional para a fixação de alíquotas interestaduais do ICMS;
- b) a resolução teria concedido incentivos fiscais, definido sujeitos passivos e fatos geradores de ICMS, razão pela qual o instrumento adequado deveria ser a lei complementar;
- c) não competiria ao Senado Federal a criação de classes de alíquotas diferenciadas para determinados produtos ou serviços, com o objetivo de atingir outras finalidades (proteção da indústria nacional);
- d) a Resolução teria estabelecido alíquotas seletivas de ICMS levando em conta a origem de bens e mercadorias, contrariando o critério constitucional da seletividade e as normas - inclusive internacionais - que impedem a discriminação entre produtos nacionais e importados;
- e) a resolução não teria densidade normativa suficiente para que suas disposições sejam autoaplicáveis e, por isso, delegou competência - que o Senado nem sequer possui - para órgãos do Poder Executivo (CONFAZ e CAMEX) editarem as regras necessárias à definição do campo de incidência da nova alíquota de ICMS, contrariando o princípio da reserva legal em matéria tributária e o postulado da separação de Poderes.

O STF concordou com os argumentos da autora? Essa Resolução é inconstitucional?

NÃO. O STF, por maioria, julgou improcedente o pedido e, portanto, reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 13/2012, do Senado Federal. Vencidos o ministro Edson Fachin (relator) e o ministro Marco Aurélio.

Guerra dos Portos

A Resolução nº 13/2012, do Senado Federal foi editada objetivando superar problemática muito particular, que ficou conhecida na imprensa especializada e na doutrina como a “Guerra dos Portos”, em razão de alguns Estados concederem benefícios às importações sem amparo no Convênio de que trata a LC nº 24/75.

Conforme bem explicaram Roberto Biava Júnior e Leonardo de Gregório:

“(...) a ‘Guerra dos Portos’ se constitui numa espécie de benefício fiscal comercial de ICMS desenhado especialmente para as empresas importadoras, em que normalmente alguns Estados, sem a aprovação prévia do Confaz, oferecem benefícios fiscais que combinam um diferimento ou suspensão de ICMS no momento do desembarque aduaneiro (naquele Estado que concede o benefício fiscal), com posterior concessão de créditos de créditos fiscais (créditos presumidos ou outorgados) sobre o valor das operações de saída destas empresas importadoras, inclusive em relação a operações interestaduais.” (BIAVA JÚNIOR, Roberto; GREGÓRIO, Leonardo de. A Regulamentação da Resolução do Senado Federal 13/2012 pelo Confaz (Convênio ICMS 38/2013): o Combate aos Benefícios Fiscais Inconstitucionais da “Guerra dos Portos” e a Simplificação das Obrigações Acessórias em Atendimento aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Revista Dialética de Direito Tributário n. 227. São Paulo: Dialética. Ago 2014. p. 124).

Desse modo, diversos Estados estavam concedendo benefícios às importações sem amparo no Convênio de que trata a LC nº 24/75. Os Estados, por meio desses benefícios, estavam reduzindo ou anulando a carga tributária do ICMS incidente sobre as importações para atrair as empresas para os seus territórios. Ocorre que essa guerra fiscal trazia efeitos nocivos para a economia do País, como, por exemplo:

- a) aumento das aquisições de bens e mercadorias estrangeiros em detrimento dos produtos brasileiros;
- b) não geração dos postos de trabalho correspondentes às mercadorias que deixaram de ser produzidas no País;
- c) estruturação de operações visando ao aproveitamento dos benefícios indevidos, prejudicando o equilíbrio da concorrência;
- d) insegurança nas decisões de investimento na produção nacional;
- e) redução das receitas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em prejuízo dos investimentos em saúde, educação e outras importantes áreas para a sociedade.

Diante disso, a edição da Resolução pelo Senado foi a forma encontrada para se conferir uma solução única que pusesse fim a essa “guerra”

ICMS

A disciplina do tema é trazida pelo art. 155, II e seu § 2º, IV, da CF/88, que autoriza o Senado a editar Resolução para estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

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

(...)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

No inciso II do art. 155 da Constituição Federal, que guia toda a disciplina que se segue em matéria de ICMS, há respaldo à cobrança do referido imposto nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados. No texto constitucional, afirma-se expressamente que o ICMS pode ser cobrado “ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Além disso, de acordo com art. 155, § 2º, IV, compete ao Senado Federal, por meio de resolução, o estabelecimento das alíquotas de ICMS aplicáveis às operações e prestações interestaduais.

Vale ressaltar que o STF já entendeu que é inadequada a utilização de convênio e mesmo de lei complementar para veicular alíquotas cuja competência de fixação foi deferida pelo Constituinte ao Senado Federal, a se fazer expressar obrigatoriamente via Resolução:

(...) Impossibilidade de a alíquota, nas operações de exportação, ser fixado pelo convênio. É que se à lei complementar não cabe fixar a alíquota, também não poderia fazê-lo o convênio. A fixação da alíquota, em tal caso, cabe ao Senado federal: C.F., art. 155, § 2º, IV. (...)

STF. 2ª Turma. RE 145491, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 01/12/1997.

Esse precedente acima tem muita importância porque tanto a definição de alíquotas aplicáveis às operações e prestações de exportação (situação versada no precedente transrito), quanto as operações e prestações interestaduais (situação discutida na ADI) encontram fundamento no mesmo art. 155, § 2º, IV, da CF/88, a exigir a edição de Resolução do Senado Federal.

Desse modo, o STF entendeu que a Resolução do Senado não desbordou da competência constitucional deferida pelo art. 155, § 2º, IV, tampouco adentrou em matérias para as quais a Constituição exige a disciplina mediante lei complementar (art. 155, § 2º, XII, da CF/88).

Especificamente quanto à alínea “g”, a Resolução, não regula a concessão ou revogação de qualquer benefício fiscal de ICMS, limitando-se a fixar alíquotas interestaduais relativamente a mercadorias e serviços oriundos do exterior.

Em suma:

É constitucional resolução do Senado Federal que fixa alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) aplicável às operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.

STF. Plenário. ADI 4858/DF, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/8/2021 (Info 1025).

EXERCÍCIOS**Julgue os itens a seguir:**

- 1) Não cabe controle concentrado de constitucionalidade de leis ou ato normativos municipais contra a Lei Orgânica respectiva. () C
- 2) Não compete ao Poder Legislativo, de qualquer das esferas federativas, suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade. () C
- 3) Invade a competência da União para o estabelecimento de normas gerais sobre consumo e desporto a autorização e regulamentação, por Estado-membro, da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos. () E
- 4) Compete aos municípios legislar sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios, em razão do preponderante interesse local envolvido. () C
- 5) Os estados-membros, no exercício de suas autonomias, podem adotar o modelo federal previsto no art. 81, § 1º, da Constituição, cuja reprodução, contudo, não é obrigatória. () C

- 6) É inconstitucional a previsão de “controle de qualidade”, a cargo do Poder Executivo, para aferir os serviços públicos prestados pelo Poder Judiciário. () C
- 7) Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não possuem legitimidade para ingressar com reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em defesa dos interesses concretos e das prerrogativas de seus associados, nos termos da expressa previsão legal. () E
- 8) Compete à Justiça estadual processar e julgar fatos envolvendo entidades integrantes do denominado “Sistema S”. () C

Gabarito

1. C | 2. C | 3. E | 4. C | 5. C | 6. C | 7. E | 8. C

OUTRAS INFORMAÇÕES

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>.