

Informativo comentado: Informativo 1112-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

- *Lei municipal não pode criar condicionantes que deverão ser atendidas para a instalação e o funcionamento de antenas, postes, torres e outros equipamentos que compõem as Estações Transmissoras de Radiocomunicação (ETR).*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- *É constitucional norma estadual que condiciona o aproveitamento de incentivos fiscais relativos ao ICMS a depósitos em favor de fundos de equilíbrio fiscal.*

DIREITO FINANCEIRO

LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL

- *É inconstitucional a lei estadual que considera as consultas populares como etapa obrigatória e preliminar do processo legislativo da peça orçamentária.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

Lei municipal não pode criar condicionantes que deverão ser atendidas para a instalação e o funcionamento de antenas, postes, torres e outros equipamentos que compõem as Estações Transmissoras de Radiocomunicação (ETR)

ODS 16

É inconstitucional legislação municipal que estabelece a obrigatoriedade de condicionantes para a instalação e o funcionamento de antenas, postes, torres, contêineres e demais equipamentos relacionados às Estações Transmissoras de Radiocomunicação (ETR).

A lei municipal que trata sobre isso viola a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, CF/88) e a competência exclusiva da União para definir a forma e o modo da exploração desses serviços (art. 21, XI c/c o art. 175, CF/88).

STF. Plenário. ADPF 1.063/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/10/2023 (Info 1112).

O caso concreto foi o seguinte:

O Município de Guarulhos/SP editou a Lei nº 7.972/2021, que dispõe sobre a instalação e o funcionamento de antenas, postes, torres, contêineres e demais equipamentos que compõem as Estações Transmissoras de Radiocomunicação – ETR.

As Estações Transmissoras de Radiocomunicação são estruturas ou locais equipados com dispositivos capazes de enviar sinais de rádio. Estas estações são usadas para uma variedade de propósitos, incluindo transmissão de rádio FM/AM, televisão, telefonia celular, GPS, e comunicações de emergência. Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto municipal nº 39.370/2022.

ADPF

A Associação Brasileira de Infraestrutura para Telecomunicações – ABRINTEL ajuizou ADPF contra a Lei e o Decreto.

A autora aduziu que a Lei e o Decreto, ao estabelecerem a obrigatoriedade de condicionantes para a instalação e a operação de infraestrutura de suporte para estações de telecomunicação, violaram a competência privativa da União Federal para legislar sobre telecomunicações e explorar tais serviços. Além disso, a ABRINTEL sustentou que a legislação municipal afrontou a competência tributária para instituição de taxa de instalação, licença de funcionamento e licença de compartilhamento (e eventual renovação) de estações de telecomunicação, infringindo o pacto federativo e os objetivos fundamentais da República.

Sustentou também que a instituição de taxa de instalação, licença de funcionamento e licença de compartilhamento em razão do exercício do poder de polícia igualmente invadiria a competência tributária da União, além de configurar bitributação, pois as empresas concessionárias devidamente licenciadas já estão obrigadas ao pagamento de taxa de instalação e funcionamento à ANATEL por cada uma de suas estações de rádio base instaladas em território nacional.

Os argumentos invocados pela ABRINTEL foram acolhidos pelo STF?

SIM.

Competência para legislar sobre serviços de telecomunicações

A competência para legislar sobre os serviços de telecomunicações, definir a forma e o modo da exploração desses serviços cabe privativamente à União, nos termos dos arts. 21, XI; 22, IV, e 175 da Constituição Federal. Confira:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Em matérias sujeitas à competência privativa federal, a atuação legislativa de entes federativos somente pode ser consentida quanto a questões específicas, e será sempre dependente de autorização explícita, a ser concebida em lei complementar, conforme previsão do art. 22, parágrafo único, da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

A respeito de telecomunicações, a Lei nº 4.117/62 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, bem como definiu o que constitui essa atividade:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que assim definiu o serviço de telecomunicações:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Portanto, entende-se por serviço de telecomunicação a ideia de transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

Ainda, o mesmo conceito alcança os modos pelos quais se organizam e operacionalizam os serviços de telecomunicações, bem como a noção de acesso à rede e a delimitação do que seria o seu uso efetivo, funcional e acessível.

Conforme a jurisprudência do STF, legislação local que repercute sobre o núcleo regulatório das atividades de telecomunicação invade a competência privativa da União.

No caso de Guarulhos/SP, houve interferência indevida do ente municipal em serviços públicos de competência material e legislativa privativa da União.

Na espécie, o Município, a pretexto de exercer sua competência para proteção do meio ambiente, defesa da saúde e regulamentação do uso e ocupação do solo e do zoneamento urbano, regulamentou, de modo indevido, o modo de prestação dos serviços de telecomunicações.

Portanto, constatado que o caráter preponderante da norma impugnada, mais do que a proteção do meio ambiente, da defesa da saúde e da regulamentação do uso e ocupação do solo e do zoneamento urbano, é a regulação do próprio modo de prestação do serviço, impõe-se o reconhecimento da constitucionalidade, na medida em que o tema está inserido na competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

Ademais, os dispositivos das normas impugnadas, ao instituírem e regulamentarem taxa para instalação, licença de funcionamento e licença de compartilhamento e eventual renovação, infringem a competência tributária da União.

A respeito, confira a tese firmada pelo STF no Tema 919 da Repercussão Geral:

Compete privativamente à União instituir a Taxa de Fiscalização de Funcionamento (TF) recolhidas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações.

Tese fixada pelo STF:

“A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos Municípios instituir referida taxa.”

STF. Plenário. RE 776594/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 2/12/2022 (Repercussão Geral – Tema 919) (Info 1078).

Em suma:

É inconstitucional legislação municipal que estabelece a obrigatoriedade de condicionantes para a instalação e o funcionamento de antenas, postes, torres, contêineres e demais equipamentos relacionados às Estações Transmissoras de Radiocomunicação (ETR).

A lei municipal que trata sobre isso viola a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, CF/88) e a competência exclusiva da União para definir a forma e o modo da exploração desses serviços (art. 21, XI c/c o art. 175, CF/88).

STF. Plenário. ADPF 1063/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/10/2023 (Info 1112).

Com base nesses entendimentos, o Plenário do STF, por unanimidade, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.972/2021 e do Decreto nº 39.370/2022, ambos do Município de Guarulhos/SP.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

É constitucional norma estadual que condiciona o aproveitamento de incentivos fiscais relativos ao ICMS a depósitos em favor de fundos de equilíbrio fiscal

É constitucional lei estadual que institui fundo atípico com a finalidade de promover o equilíbrio fiscal da respectiva unidade federada, desde que suas receitas possuam destinação genérica, podendo atender a quaisquer demandas.

Tese fixada pelo STF:

“São constitucionais as Leis nº 7.428/2016 e nº 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF e, posteriormente, o Fundo Orçamentário Temporário – FOT, fundos atípicos cujas receitas não estão vinculadas a um programa governamental específico e detalhado.”.

STF. Plenário. ADI 5.635/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 18/10/2023 (Info 1112).

O caso concreto foi o seguinte:

A Confederação Nacional da Indústria – CNI ajuizou ADI pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º; 4º, *caput* e inciso I; e 5º, da Lei nº 7.428/2016, do Estado do Rio de Janeiro, bem como de normas correlatas do Decreto nº 45.810/2016 e do Convênio ICMS nº 42/2016.

O art. 2º da referida Lei estadual estabelece que, para uma empresa usufruir de um benefício ou incentivo fiscal relacionado ao ICMS, ela precisaria contribuir com 10% da diferença entre o valor do imposto que seria pago sem o benefício/incentivo e o valor com o benefício/incentivo. Esse depósito deve ser feito no Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF). Importante destacar que esse cálculo já inclui o repasse constitucional de 25% para os municípios. Em outras palavras, se uma empresa tem um desconto no ICMS por conta de um incentivo fiscal, ela precisa devolver 10% desse 'desconto' ao FEEF.

Confira o art. 2º e os demais dispositivos impugnados:

Lei nº 7.428, de 25 de agosto de 2016

Art. 2º A fruição do benefício fiscal ou incentivo fiscal, já concedido ou que vier a ser concedido, fica condicionada ao depósito ao FEEF do montante equivalente ao percentual de 10% (dez por cento) aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefício ou incentivo fiscal concedido à empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado no aludido percentual a base de cálculo para o repasse constitucional para os Municípios (25%).

(...)

Art. 4º Constituem receitas do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal - FEEF:

I - depósito no valor correspondente ao percentual 10% (dez por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com e sem utilização de benefício ou incentivo fiscal, concedido a empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado o repasse constitucional para os municípios;

(...)

Art. 5º O descumprimento do disposto no art. 2º desta lei resultará em:

I - perda automática, não definitiva, no mês seguinte ao da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no art. 2º desta Lei;

II – perda definitiva dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no art. 2º desta Lei por 3 (três) meses, consecutivos ou não.

Convênio ICMS nº 42/2016

Cláusula primeira: Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais de apuração, que resultem em redução do valor ICMS a ser pago, inclusive os que ainda vierem a ser concedidos:

I - condicionar a sua fruição a que as empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício; ou

II - reduzir o seu montante em, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º O descumprimento, pelo beneficiário, do disposto nos incisos I e II do caput por 3 (três) meses, consecutivos ou não, resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício.

§ 2º O montante de que trata o inciso I do caput será calculado mensalmente e depositado na data fixada na legislação estadual ou distrital.

Cláusula segunda A unidade federada que optar pelo disposto no inciso I da cláusula primeira instituirá fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas, constituídos com recursos oriundos do depósito de que trata o inciso I da cláusula primeira e outras fontes definidas no seu ato constitutivo.

A Confederação autora alegou que a lei estadual teria criado um imposto diverso do ICMS, o que deveria ser feito por lei complementar de competência exclusiva da União.

Além disso, sustentou que a norma estadual também introduz um empréstimo compulsório, o que também deveria ser feito pela União por lei complementar.

Também pontuou que a norma vincula a receita de ICMS ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF), em afronta à Constituição Federal.

Após o ajuizamento da ADI, foi aditada a inicial em razão da edição da Lei estadual nº 8.645/2019, que revogou a lei anterior e instituiu o Fundo Orçamentário Temporário (FOT) em substituição ao FEEF, bem como do Decreto estadual nº 47.057/2020, que regulamentou a nova lei, e o Convênio ICMS nº 42/2016.

O que decidiu o STF?

O STF, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei nº 7.428/2016 e ao art. 2º da Lei nº 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, de modo a:

- i) afastar qualquer exegese que vincule as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico; e
- ii) garantir a não cumulatividade do ICMS relativo ao depósito instituído, sem prejuízo da vedação ao aproveitamento indevido dos créditos.

Além disso, o Tribunal salientou serem aplicáveis aos depósitos em questão as regras próprias do ICMS.

Criação de empréstimo compulsório ou de um novo imposto

A parte autora alegou que o conjunto normativo fluminense criou espécie tributária com a natureza jurídica de empréstimo compulsório, apesar da competência instituidora exclusiva da União, dos seus fins constitucionalmente vinculados e da obrigatoriedade da sua veiculação por meio de lei complementar (art. 148 da CF/88):

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".
Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

O STF não concordou com essa alegação.

Os dispositivos impugnados não criaram um empréstimo compulsório nem tampouco um novo imposto. Não houve a criação de um tributo.

Os dispositivos impugnados apenas preveem a redução parcial e transitória de benefícios fiscais de ICMS em prol da formação de fundo local voltado ao equilíbrio fiscal do ente instituidor. Trata-se de medida emergencial e temporária, pensada em razão da notória crise fiscal suportada pelo ente federativo.

Vale ressaltar que o ICMS se insere na competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, II, da CF/88, e o regramento em tela pode ser introduzido mediante lei ordinária do ente federado instituidor, tal como efetuado no caso em análise:

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;

Assim, a natureza jurídica dos depósitos destinados ao fundo é de ICMS, cuja matéria se insere na competência tributária dos estados federados e do Distrito Federal. Nesse contexto, para que inexista ofensa ao princípio da não afetação da receita de impostos, as receitas que compõem o fundo não podem ser vinculadas a programas governamentais específicos.

Princípio da vedação à afetação da receita de impostos

A requerente, de igual modo, suscitou ofensa ao princípio da não afetação da receita de impostos. Requereu, desse modo, que fosse declarada a constitucionalidade material não apenas do conjunto normativo fluminense (Leis nº 7.428/2016 e nº 8.645/2019, e respectivos decretos), mas também do Convênio ICMS nº 42/2016, que serviu de suporte de validade para a edição das leis estaduais.

Entendeu que a destinação da receita de impostos a fundo estadual configura vinculação expressamente proibida pelo art. 167, IV, da CF/88:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

De acordo com o art. 167, IV, da CF/88, os fundos são necessariamente instituídos por lei e constituem reservas de receitas para aplicação determinada.

Além de terem os seus recursos definidos em lei, estão vinculados à realização de programas específicos de certo órgão da Administração, possibilitando uma gestão descentralizada de verbas públicas.

A principal característica dos fundos públicos, por conseguinte, é que não oferecem efetiva margem de liberdade ao gestor para a alocação dos recursos. Configuram exceção ao princípio da unidade de tesouraria, tendo em vista que as receitas que o compõem não ingressam na Conta Única do ente federado.

Nem todas as receitas podem ser carreadas aos fundos públicos. A Constituição Federal veda a destinação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, salvo no caso de os recursos serem empregados para ações e serviços públicos de saúde, manutenção ou desenvolvimento do ensino, entre outras hipóteses.

A Lei estadual nº 7.428/2016 criou o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF, condicionando a fruição de benefícios fiscais de ICMS ao depósito de 10% do montante da vantagem fiscal, no aludido fundo.

Como o nome já sugeria, o FEEF se destinava a promover o equilíbrio fiscal do Estado, com receitas utilizadas prioritariamente ao pagamento de salários.

Com o advento da Lei estadual nº 8.645/2019, tal fundo foi substituído pelo Fundo Orçamentário Temporário – FOT, de mesma natureza e finalidade. Nessa nova sistemática, os recursos auferidos pelo FOT continuam a ter por objetivo atingir o equilíbrio fiscal do Estado, mas sem a destinação ou vinculação das receitas a qualquer despesa.

Nesse contexto, o FEEF e o FOT se caracterizam como fundos atípicos, haja vista não se destinarem a organizar programações específicas e detalhadas, que possam viabilizar o controle e a aplicação dos recursos em ações ou objetivos predeterminados.

Por essa razão, não constituem unidades orçamentárias, não estão vinculados a um órgão ou a um gestor determinado nem são destinados a programas de trabalho específicos ou detalhados.

Tais fundos atípicos se caracterizam como uma estratégia de particularizar recursos no orçamento, conferindo relativa margem de liberdade ao órgão executivo quanto à alocação das receitas auferidas.

Ressalta-se que não há na Lei estadual nº 8.645/2019, diferentemente da Lei estadual nº 7.428/2016, qualquer ordem de aplicação de recursos a um programa de trabalho específico capaz de propiciar uma vinculação constitucionalmente proibida.

Assim, buscando compatibilizar os dispositivos da legislação estadual ao art. 167, IV, da CF/88, deve ser afastada qualquer exegese que vincule as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico.

Os recursos que compõem esses fundos devem ter destinação genérica, podendo atender a quaisquer demandas. Entendimento diverso que pretenda estabelecer uma ordem de prioridade, em abstrato, para a consecução primeira de determinadas despesas em prejuízo de outras, afronta a aludida desvinculação das receitas tributárias imposta pela Constituição.

Direito adquirido a benefício fiscal

A Confederação Nacional da Indústria também alegou que tanto a Lei nº 7.428/2016 quanto a Lei nº 8.645/2019 violaram diretamente o princípio da segurança jurídica, uma vez que os seus dispositivos preveem o depósito de um valor relativo ao ICMS como condição para a fruição de benefícios fiscais já concedidos previamente pelo ente.

Essa medida estaria desconsiderando os investimentos e outras obrigações assumidas pelos contribuintes para o gozo dos benefícios.

Todavia, o STF entendeu que essa irresignação deveria ser apresentada em via própria, distinta da ação direta em análise. Isso porque, para verificar se todos os benefícios fiscais foram instituídos por prazo certo e sob condições onerosas, seria imprescindível o exame das leis estaduais que os concederam.

Assim, não seria prudente nem razoável supor que todos os benefícios fiscais de ICMS no Estado do Rio de Janeiro foram concedidos por prazo certo e sob condições onerosas.

Acolher a premissa da revogação indevida demandaria verificar, em cada caso concreto, o atendimento aos requisitos necessários ao gozo do favor fiscal, providência inviável em julgamento de ação direta de constitucionalidade que não se presta a tutelar direitos subjetivos.

Eventual hipótese de supressão indevida de benefício fiscal deverá ser solucionada em via própria, considerando a legislação infraconstitucional.

Princípio da proporcionalidade

Outro argumento aduzido pela Confederação foi o de violação ao princípio da proporcionalidade. A respeito, o STF entendeu que os dispositivos questionados não criaram medidas desproporcionais, seja porque não houve a instituição de um novo tributo, seja porque não foram impostos ao contribuinte deveres inadequados, desnecessários ou excessivamente onerosos.

Tanto a Lei nº 7.428/2016, quanto a Lei nº 8.645/2019 não incorreram em abuso ou imoderação ao instituir o depósito de ICMS.

As leis impugnadas atendem, sob todas as perspectivas, a proporcionalidade. Trata-se de medida:

- (i) adequada, por ser apta a contribuir para o equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro;
- (ii) necessária, já que se vale de uma redução parcial e temporária dos benefícios fiscais concedidos ao contribuinte, no importe mínimo recomendado pelo Convênio ICMS nº 42/2016, qual seja, 10%; e
- (iii) proporcional em sentido estrito, pois as vantagens advindas do maior equilíbrio fiscal do Estado superam o custo individual infligido a cada contribuinte.

Princípio da não cumulatividade

Assentada a natureza tributária do depósito aos fundos estaduais relativos às Leis nº 7.428/2016 e nº 8.645/2019 como ICMS, examinou-se a necessidade de observância da não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF/88):

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:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Assumindo ser uma majoração do imposto estadual, a regra constitucional impõe que se respeite a não cumulatividade, como instrumento para promover a neutralidade da sua incidência ao longo da cadeia produtiva, compensando o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. No caso, a metodologia de apuração do referido depósito não afasta a natureza jurídica de imposto nem inviabiliza que se mensurem os respectivos créditos.

A própria concessão dos benefícios fiscais relativos ao ICMS se atrela a uma operação e pode servir como referencial para o cálculo do crédito.

Entendimento diverso sobre o tema importaria admitir que o depósito em questão é desípido de característica elementar ao ICMS e atrair, por conseguinte, novos questionamentos sobre a sua natureza jurídica em oposição à lógica adotada para a instituição dos depósitos em voga.

Por essa razão, o STF realizou uma interpretação conforme a Constituição da legislação estadual de modo a garantir a não cumulatividade do ICMS em questão.

Não se desconhece que as particularidades dos benefícios fiscais, sobretudo quanto à concessão de crédito presumido, podem justificar tratamentos diversos, sob pena de haver o aproveitamento indevido dos créditos. Tal análise deverá ser feita caso a caso, sendo o duplo aproveitamento dos créditos incompatível com a não cumulatividade.

Assim, nessa linha de argumentação, aplicam-se aos depósitos em questão as regras próprias do ICMS.

Em suma:

É constitucional lei estadual que institui fundo atípico com a finalidade de promover o equilíbrio fiscal da respectiva unidade federada, desde que suas receitas possuam destinação genérica, podendo atender a quaisquer demandas.

STF. Plenário. ADI 5635/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 18/10/2023 (Info 1112).

Veja a tese fixada pelo STF:

São constitucionais as Leis nº 7.428/2016 e nº 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF e, posteriormente, o Fundo Orçamentário Temporário – FOT, fundos atípicos cujas receitas não estão vinculadas a um programa governamental específico e detalhado.

STF. Plenário. ADI 5635/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 18/10/2023 (Info 1112).

DIREITO FINANCEIRO

LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL

É inconstitucional a lei estadual que considera as consultas populares como etapa obrigatória e preliminar do processo legislativo da peça orçamentária

É inconstitucional lei estadual que obriga a inclusão, na lei orçamentária anual, das escolhas manifestadas pela população, em consulta direta, no que diz respeito à destinação de parcela voltada a investimentos de interesses regional e municipal.

Essa previsão limita o poder de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “b” c/c o art. 165, III, CF/88).

STF. Plenário. ADI 2.037/RS, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 02/10/2023 (Info 1112).

O caso concreto foi o seguinte:

No Estado do Rio Grande do Sul, foi editada a Lei nº 11.179/98, que determina que o Poder Executivo faça a consulta direta à população quanto à destinação de parcela do orçamento do Estado voltada a investimentos de interesse regional.

Posteriormente, a lei sofreu algumas alterações em decorrência de normas posteriores, a saber, Leis nº 11.920/2003, 12.376/2005 e 15.246/2019. Todavia, não houve modificação substancial no conteúdo originário, construído em torno da ideia de consultas populares como etapa obrigatória e preliminar ao processo legislativo da peça orçamentária anual.

Confira a redação dos principais dispositivos desse diploma legal:

Art. 1º O Poder Executivo promoverá, anualmente, consulta popular direta à população, visando a destinar parcela do Orçamento do Estado para serviços e investimentos de programas finalísticos a serem incluídos na Proposta Orçamentária do Estado, para fim de atendimento a prioridades de interesse municipal e regional. (Redação dada pela Lei n. 11.920/2003)

(...)

Art. 2º Para fins do disposto no artigo anterior, os investimentos orçamentários serão divididos em:

- I – investimentos de interesse geral do Estado; e
- II – investimentos de interesse regional.

(...)

Art. 3º A consulta popular no âmbito territorial dos COREDEs observará o seguinte procedimento:

I – o fornecimento de dados pelo Poder Executivo aos COREDEs, incluindo o valor destinado aos investimentos de interesse regional, com as restrições determinadas pela legislação pertinente, e uma lista de investimento-tipo, de competência estadual, com a indicação de valores unitários médios;

II – os COREDEs promoverão audiências públicas em cada região com a finalidade de conhecer a realidade financeira do Estado, os programas de interesse do Governo e definir as diretrizes estratégicas e os programas estruturantes do desenvolvimento regional que servirão de subsídio à consulta popular; (Redação dada pela Lei nº 11.920/2003)

III – os COMUDEs, em parceria com os COREDEs, promoverão assembleias públicas municipais com a finalidade de propor prioridades de investimento, opinar sobre programas de desenvolvimento e eleger representantes para a assembleia regional; (Redação dada pela Lei nº 11.920/2003)

IV – os COREDEs organizarão assembleias públicas regionais ampliadas com os representantes dos COMUDEs para sistematizar as prioridades regionais, fazer a indicação de programas prioritários e definir as opções de investimentos a serem incluídas na cédula para votação; (Redação dada pela Lei nº 11.920/2003)

V – as decisões finais sobre as prioridades municipais ou regionais serão tomadas pelos cidadãos através de voto secreto em urna ou por meio eletrônico, estando habilitados a votar apenas os indivíduos com domicílio eleitoral no Município; (Redação dada pela Lei nº 11.920 /2003)

VI – excepcionalmente, no ano de 2003 poderão participar do processo os municípios onde ainda não tiverem sido implantados os COMUDEs, ou as normas relativas a Conselhos já existentes estejam sendo adequadas aos dispositivos previstos nesta Lei, sendo os trabalhos coordenados por uma comissão composta por um membro indicado pelo Prefeito, outro pelo Presidente da Câmara de Vereadores e até três pelo COREDE da região correspondente, escolhidos entre dirigentes de organizações da sociedade civil do município; (Redação dada pela Lei nº 11.920/2003)

VII – a Comissão Geral de Coordenação da Consulta Popular será composta por representantes dos COREDEs, FAMURS, AGM, UVERGS e do Governo do Estado, sendo seus membros designados até quinze dias após o início da vigência desta Lei, encerrando seu mandato um mês após a entrega do Projeto de Lei Orçamentária ao Poder Legislativo; (Redação dada pela Lei nº 11.920/2003)

VIII – os eleitores de cada município poderão participar da consulta;

IX – cada participante da consulta deverá assinar a ata de votação, registrando o número do documento de identificação.

(...)

ADI

O Governador do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ADI contra a Lei.

Alegou que a norma criou uma fase obrigatória no processo de elaboração da lei orçamentária, além de desrespeitar a regra de iniciativa exclusiva, em afronta à Constituição Federal.

Além disso, pontuou que inexistem normas gerais de direito financeiro com alcance nacional a preverem propostas de lei orçamentária com parte do conteúdo concebido por outros atores que não o Chefe do Executivo.

Esses argumentos foram acolhidos pelo STF? A referida Lei é inconstitucional?

SIM.

A Lei estadual nº 11.179/98 exigiu as consultas populares como etapa obrigatória e preliminar ao processo legislativo da peça orçamentária anual.

Os resultados dessas consultas têm caráter vinculante, ou seja, devem necessariamente constar da proposta do Governador.

Ocorre que a lei orçamentária anual é de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, podendo o Poder Legislativo aprimorá-la, tudo nos termos e limites previstos na Constituição Federal:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

A Lei nº 11.179/98, ao impor vontades ao Poder Executivo, ao qual cabe deflagrar o processo legislativo correspondente, e ao Poder Legislativo, competente para emendar a proposta em tramitação, ofendeu a CF/88 e as normas gerais de direito financeiro editadas pela União.

Vale ressaltar que, depois da versão originária da Lei nº 11.179/98, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Emenda Constitucional nº 30, de 6 de março de 2002, tentou tornar impositivas as decisões populares manifestadas em consultas versando sobre a elaboração da lei orçamentária. A respeito, o STF declarou a inconstitucionalidade da referida Emenda. Confira a ementa do julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional 30, de 6 de março de 2003, que alterou o parágrafo 4º do artigo 149 da Constituição Estadual, bem como a ele acrescentou os parágrafos 11 e 12. 3. Violão ao art. 165, § 8º, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade da norma que determina a execução obrigatória de orçamento elaborado com participação popular, inserida no § 4º do artigo 149 da Constituição Estadual. 5. Vinculação da vontade popular na elaboração de leis orçamentárias contraria a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Precedentes, jurisprudência e doutrina. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

STF. Plenário. ADI 2680, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/05/2020.

Desse modo, conforme jurisprudência do STF, a vinculação da vontade popular na elaboração de leis orçamentárias contraria a competência exclusiva do chefe do Poder Executivo.

Assim como o STF concluiu que a EC estadual 30/2002 restringiu indevidamente a competência reservada ao Governador do Estado do Rio Grande do Sul para apresentar a proposta de lei orçamentária, o mesmo se pode dizer quanto à Lei estadual nº 11.179/1998.

Enfim: a lei estadual impugnada, ao considerar as consultas populares como etapa obrigatória e preliminar do processo legislativo da peça orçamentária, restringiu indevidamente prerrogativa reservada ao governador para apresentar sua proposta, além de contrariar o poder de emenda atribuído ao Poder Legislativo.

Em suma:

É inconstitucional lei estadual que obriga a inclusão, na lei orçamentária anual, das escolhas manifestadas pela população, em consulta direta, no que diz respeito à destinação de parcela voltada a investimentos de interesses regional e municipal.

Essa previsão limita o poder de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, "b" c/c o art. 165, III, CF/88).

STF. Plenário. ADI 2037/RS, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 02/10/2023 (Info 1112).

Modulação de efeitos

Por ser inviável o desfazimento das disposições das leis orçamentárias anuais e, consequentemente, das despesas públicas realizadas com fundamento em consultas e deliberações populares, nos termos do diploma legal questionado, bem como por motivos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, o STF decidiu que a invalidez da norma declarada inconstitucional deveria produzir efeitos apenas a partir do trânsito em julgado da presente decisão.

Dispositivo

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.179/1998 do Estado do Rio Grande do Sul.

Além disso, por unanimidade, atribuiu efeito *ex nunc* à decisão, para que produza efeitos somente a partir de seu trânsito em julgado.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) Lei municipal pode criar condicionantes que deverão ser atendidas para a instalação e o funcionamento de antenas, postes, torres e outros equipamentos que compõem as Estações Transmissoras de Radiocomunicação (ETR). ()
- 2) É inconstitucional norma estadual que condiciona o aproveitamento de incentivos fiscais relativos ao ICMS a depósitos em favor de fundos de equilíbrio fiscal. ()
- 3) É constitucional a lei estadual que considera as consultas populares como etapa obrigatória e preliminar do processo legislativo da peça orçamentária. ()

Gabarito

1. E	2. E	3. E
------	------	------