

Elaborados com base nos informativos divulgados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>

### DIREITO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*ADI: Constituição estadual, iniciativa popular para emendas e repasse do ICMS*

Em conclusão, o Plenário, ao julgar procedente, em parte, pedido formulado em ação direta, declarou a inconstitucionalidade das expressões “o Procurador da Fazenda Estadual” contida no inciso II (1) do art. 119 e “por qualquer tempo” da parte final do art. 32 da Constituição do Estado do Amapá (2). Por maioria, assentou a inconstitucionalidade do inciso XVII do art. 112 e deu interpretação conforme a Constituição Federal (CF) ao art. 115 (3). O Colegiado considerou improcedente o pleito no tocante ao art. 307 e majoritariamente no que se refere aos arts. 103, IV, e 110, todos da Constituição estadual.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu prejudicado o pedido no que concerne ao art. 31, parágrafo único; ao art. 42, XVIII; ao art. 76, § 4º; ao art. 95, XX e XXIV; ao art. 118, §§ 1º e 5º, da Constituição amapaense e ao art. 52 do respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), haja vista a superveniente revogação dos preceitos.

Reconheceu, por ser mera repetição de norma da CF, a constitucionalidade da previsão de reserva de vagas no serviço público para pessoas portadoras de deficiência (art. 307).

A expressão “por qualquer tempo” foi excluída da parte final do art. 32 porque a necessidade de o prefeito, mesmo em períodos menores do que quinze dias, ter autorização da Câmara Municipal para viagem ao exterior quebra a simetria existente em relação a governador.

Quanto ao art. 115, a Corte conferiu interpretação conforme para limitar a atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa à defesa das prerrogativas inerentes

---

1 Elaborado com base nos informativos 921 a 927 do STF

ao Poder Legislativo. A representação estadual como um todo, independentemente do Poder, compete à Procuradoria-Geral do Estado (PGE), tendo em conta o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para estados e Distrito Federal. No entanto, às vezes, há conflito entre os Poderes. Demais disso, o texto do artigo pode vir a gerar confusão, porquanto prevê concorrência com a PGE.

Vencidos, no ponto, o ministro Edson Fachin e a ministra Rosa Weber, por não vislumbrarem inconstitucionalidade. O ministro avaliou ser desnecessária a interpretação conforme.

Sobre a homologação dos cálculos das quotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) devidas aos municípios (art. 112, XVII), o Pleno assinalou que sujeitar o ato de repasse de recursos públicos à homologação de Tribunal de Contas do Estado (TCE) representa ofensa ao princípio da separação e da independência dos poderes. Inclusive porque o percentual que pertence ao município terá sua destinação condicionada a ato do TCE que, ao fim e ao cabo, será da Assembleia Legislativa. Noutro passo, não há semelhança entre a atividade de gerenciamento dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), e a de homologação dos cálculos de quotas do ICMS, pelo TCE. Inexiste simetria entre fundos e quotas.

No caso do FPE e do FPM, o próprio TCU efetua os cálculos das quotas-partes cabíveis aos entes federados à luz de estimativas demográficas fornecidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Os fundos de participação são de natureza contábil, desprovidos de personalidade jurídica e de gerenciamento do TCU por força da CF. Situação diversa diz respeito ao repasse obrigatório às municipalidades das verbas arrecadadas pelo estado-membro referente ao ICMS, uma vez que não é fundo financeiro e possui relativa liberdade de conformação. De acordo com o art. 158, IV, da CF, pertence aos municípios 25% do produto da arrecadação do imposto. Nesses termos, o TCE é completamente alheio ao processo alocativo das quotas, da mesma forma que o TCU não participa de repasses na arrecadação de outros tributos, como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Para o ministro Ricardo Lewandowski, condicionar a distribuição à homologação prévia dos cálculos pelo TCE contraria o que diz o art. 160 (4) da CF e estabelece restrição à entrega e ao emprego dos recursos mencionados na seção “Da Repartição das Receitas Tributárias”. Já o ministro Marco Aurélio observou que o ato de distribuição não é complexo e depende apenas do Executivo, de início.

No tópico, vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entenderam ser constitucional a homologação, pelo TCE,

com base na simetria, por haver mesmo parâmetro do TCU. Tanto os fundos como a distribuição das verbas do ICMS fazem parte da repartição de receitas.

Por fim, o Colegiado assentou que a iniciativa popular de emenda à Constituição do estado (arts. 103, IV, e 110) é compatível com a Constituição da República, nomeadamente o parágrafo único do art. 1º, os incisos II e III do art. 14 e o inciso XV do art. 49 (5). Na democracia, além dos mecanismos tradicionais por meio dos representantes eleitos, há os de participação direta com projeto de iniciativa popular. A Constituição amapaense densifica a ampliação daquilo que a CF não prevê expressamente. Trata-se de certa democratização no processo de reforma das regras constitucionais estaduais. No tocante à simetria, revelou não ser obstativa ante a ausência de regra clara que afaste a faculdade de o estado aumentar os mecanismos de participação direta.

A ministra Rosa Weber consignou a importância da iniciativa popular de emenda para a implantação da democracia participativa no Brasil. O ministro Luiz Fux frisou que, consoante doutrina, o princípio democrático conspira em prol da possibilidade de a iniciativa popular promover emendas constitucionais. Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski acentuou que, em matéria de direitos fundamentais, os estados podem ampliá-los com relação à CF. A soberania e a cidadania são valores máximos abrigados na CF relativamente aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que consideraram inconstitucional a iniciativa popular de emenda. O relator assinalou inexistir parâmetro na CF, que não permite essa iniciativa para proposta de emenda constitucional. Ademais, a CF não deixou vácuo legislativo. O ministro Marco Aurélio destacou que a própria Constituição Federal veio a limitar a iniciativa popular quando não cogitou dela quanto às emendas constitucionais.

- (1) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 119. Compete privativamente ao Governador do Estado, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) II – nomear e exonerar o Procurador da Fazenda Estadual, os dirigentes das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista de que o Estado detenha o controle acionário; ”
- (2) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 32. O Prefeito e o Vice-Prefeito residirão no Município e dele não poderão se ausentar durante o exercício do mandato, salvo se a ausência não ultrapassar quinze dias, exigindo-se licença prévia da Câmara Municipal para viagem ao exterior por qualquer tempo. ”
- (3) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 115. À Procuradoria da Assembleia compete exercer a representação judicial do Poder Legislativo nas ações em que este for parte, ativa ou passiva, sem prejuízo das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado. ”
- (4) CF: “Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. ”

<sup>(5)</sup> CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...) Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) II – referendo; III – iniciativa popular. (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito;”

ADI 825/AP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 25.10.2018.  
(ADI-825)

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA

*Ação rescisória: alteração posterior de jurisprudência e segurança jurídica*

O Plenário negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra decisão que negou seguimento a ação rescisória ajuizada para desconstituir acórdão da Segunda Turma (MS 31.686) que assegurou à impetrante o recebimento de parcela referente ao pagamento do percentual de 26,05% relativo à Unidade de Referência de Preços (URP) de fevereiro de 1989 (Plano Verão).

A autora pretendia rescindir o julgado ao fundamento de que, tempos depois, a Corte mudou seu posicionamento e passou a permitir que o Tribunal de Contas da União analisasse a questão no momento do pedido de aposentadoria e eventualmente glosasse a URP em virtude de reescalamento de carreiras.

Para o Colegiado, é inadmissível ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei na hipótese em que a decisão rescindenda tiver por fundamento texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Verbete 343 da Súmula do STF). Com base nesse entendimento, determinou que prevaleça a qualidade de imutabilidade dos efeitos da decisão de mérito transitada em julgado proferida pelo acórdão rescindendo.

Asseverou, ainda, que a ação rescisória é via processual inadequada à mera rediscussão de questões já assentadas pelo Tribunal à época do julgamento do qual decorreu a decisão que se pretende desconstituir.

Ademais, uma alteração posterior de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não legitima o pedido rescisório, notadamente em razão de, à época de sua prolação, a interpretação sobre o tema ser controvertida no próprio Tribunal.

Em consonância com o instituto da **prospective overruling**, a mudança jurisprudencial deve ter eficácia **ex nunc**, porque, do contrário, surpreende quem

obedecia à jurisprudência daquele momento. Ao lado do prestígio do precedente, há o prestígio da segurança jurídica, princípio segundo o qual a jurisprudência não pode causar uma surpresa ao jurisdicionado a partir de modificação do panorama jurídico.

AR 2422/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 25.10.2018. (AR-2422)

## REPERCUSSÃO GERAL

### TRIBUTÁRIO – ICMS

*ICMS: aquisição interestadual por contribuinte optante pelo Simples Nacional e antecipação de diferencial de alíquota (DIFAL)*

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário – Tema 517 da repercussão geral – em que se discute a constitucionalidade da aplicação de diferencial de alíquota (DIFAL) de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Comunicação e de Transporte Intermunicipal e Interestadual (ICMS) a contribuinte do imposto optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional) nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias para revenda.

O recurso extraordinário em julgamento é anterior à Emenda Constitucional (EC) 87/2015, que alterou a sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado.

O recorrente postula a reforma da decisão do Tribunal de Justiça local para se considerar a impossibilidade constitucional de pagamento ou recolhimento antecipado do imposto quando o adquirente for contribuinte optante do regime simplificado. Alega ser indevida a cobrança do diferencial de alíquota, de maneira antecipada, sobre as operações em que a mercadoria for destinada à revenda, diante da impossibilidade de posterior creditamento no regime do Simples. A exigência de diferencial somente seria válida na hipótese de aquisição interestadual de mercadoria por contribuinte na qualidade de consumidor final.

De início, o plenário rejeitou a preliminar de prejudicialidade por perda de objeto, apontada pela Procuradoria-Geral da República. Considerou que remanesce interesse recursal na hipótese transcendente, por força do instituto da repercussão geral.

Quanto ao objeto da demanda, o ministro Edson Fachin (relator) ressaltou que o recurso diz respeito às operações interestaduais de aquisição de mercadorias por

contribuinte aderente ao Simples Nacional, cobrando-se o diferencial de alíquota de ICMS na fronteira do estado-membro.

A outra questão suscitada pela parte recorrente, relativa à antecipação do recolhimento do tributo, é objeto do Tema 456 (RE 598.677), com julgamento de mérito já iniciado, no qual se discute a constitucionalidade da cobrança antecipada de ICMS no ingresso de mercadorias adquiridas por consumidor final em outro ente da Federação.

Em relação ao mérito, o relator votou pelo não provimento do extraordinário e pela consequente manutenção do acórdão recorrido. Em seu entendimento, quando da entrada de mercadoria no estado de destino, é constitucional a imposição tributária por esse estado de diferencial de alíquota do ICMS devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos.

Para o ministro Edson Fachin, não há como reputar existente vício formal ou material na legislação questionada. Como regra geral, o art. 13 da Lei Complementar (LC) 123/2006 prevê o recolhimento mensal unificado de diversos impostos e contribuições, incluindo o ICMS. No entanto, essa mesma lei expressamente autoriza a cobrança de diferencial de alíquota mediante antecipação do tributo, nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal, nos termos da legislação estadual ou distrital, conforme previsto no art. 13, § 1º, XIII, g, 2, e h (1).

O diferencial de alíquota é um mecanismo que objetiva equilibrar a partilha do ICMS em operações interestaduais entre os estados de origem e destino. Em um primeiro momento, o estado de origem exige do fornecedor o recolhimento do imposto calculado pela alíquota interestadual aplicável. Posteriormente, o estado de destino cobra o diferencial de alíquota entre a sua alíquota interna e a interestadual, o qual pode ser exigido sob o regime de antecipação. Há, portanto, a cobrança de um único imposto efetuada por dois entes distintos, distribuindo-se o montante devido caso a aquisição tenha sido realizada no próprio estado.

Nesse contexto, a parte recorrida, no exercício de sua competência tributária, exigiu validamente do contribuinte o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS nas aquisições interestaduais na entrada da mercadoria em seu território. Também é válida a legislação local que veda a compensação desse pagamento com tributos posteriormente devidos por empresa optante do Simples Nacional.

O ministro enfatizou que o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.193.911), na qualidade de órgão judicial competente para uniformizar a interpretação da legislação federal, firmou entendimento no sentido de que o diferencial de alíquota não viola a sistemática do Simples Nacional. A LC 123/2006, por um lado, autoriza expressamente a cobrança do DIFAL (art. 13, § 1º, XIII, g); por outro, veda o cre-

ditamento e compensação com as operações subseqüentes, não apenas no caso do diferencial, mas em qualquer hipótese.

Com base nessas premissas, o relator entendeu que não merece acolhida a alegação de ofensa ao princípio da não cumulatividade, haja vista que o art. 23 da supracitada lei complementar também veda explicitamente a apropriação ou compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidas pelo Simples Nacional.

Por conseguinte, e com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 723.651; ARE 658.571 AgR; RE 595.450 AgR; e ARE 938.209 AgR), é dado ao legislador ordinário excepcionar a não cumulatividade mesmo em situação de plurifasia, impedindo o aproveitamento ou a transferência de créditos, desde que em prol da racionalidade do regime diferenciado e mais favorável ao micro e pequeno empreendedor, bem como lastreado em finalidades com assento constitucional, como é o caso da promoção do federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio e da continuidade dos pilares do estado fiscal.

No tocante à possível ofensa ao postulado do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, a jurisprudência assente do Supremo (ADI 4.033) compreende o Simples Nacional como realização desse ideal regulatório, em total consonância ao princípio da isonomia tributária.

Contudo, a realização desse objetivo republicano deve ser contemporizada com os demais postulados do Estado Democrático de Direito, como assentou este Tribunal no julgamento do Tema 363 da sistemática da repercussão geral (RE 627.543), cuja tese de julgamento é a seguinte: “É constitucional o art. 17, V, da LC 123/2006, que veda a adesão ao Simples Nacional à microempresa ou à empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

A lei estadual impugnada, inclusive, cristalizou tratamento mais benéfico a sociedades empresárias aderentes ao Simples Nacional, permitindo maior prazo de recolhimento do diferencial de alíquota a essas pessoas jurídicas em comparação aos contribuintes submetidos à sistemática geral, sob as luzes da praticabilidade fiscal e da realização do princípio da capacidade contributiva.

Em conclusão, o ministro Edson Fachin considerou não haver como prosperar uma adesão parcial ao regime simplificado, adimplindo-se a obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais.

A opção pelo Simples Nacional é facultativa no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, arcando-se com bônus e ônus decorrentes dessa es-

colha empresarial, que, em sua generalidade, representa um tratamento tributário sensivelmente mais favorável à maioria das sociedades empresárias de pequeno e médio porte. À luz da separação dos poderes, é inviável ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis dos regimes tributários culminando em um modelo híbrido, sem qualquer amparo legal, conforme jurisprudência deste Tribunal (RE 1.009.816 AgR; e RE 936.642 AgR).

A divergência foi inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, que deu provimento ao recurso para considerar inconstitucional a legislação impugnada, por ofensa aos arts. 146, III, d (2); 170, IX (3); e 179 (4) da CF, bem como à LC 123/2006. Para ele, houve a criação de um tratamento desigual às pequenas e microempresas optantes pelo Simples Nacional, que foram obrigadas a recolher o ICMS tanto na sistemática unificada quanto na modalidade geral, o que representou uma dupla tributação, além da exigência de antecipação do momento de seu recolhimento.

Não haverá tratamento diferenciado, revogando a própria LC 123/2006, se for autorizada a cobrança de ICMS tanto no regime do Simples – no momento em que vende ao consumidor final não contribuinte – quanto na sistemática geral, exigindo-se a diferença de alíquota na entrada da mercadoria de origem interestadual.

O ministro considerou ainda que o tratamento privilegiado e favorecido afasta a antecipação do pagamento da diferença do ICMS nas operações interestaduais para revenda; pois, ao implementar a segunda operação de venda, o contribuinte faz o pagamento no regime do Simples. Isso é vital para as pequenas empresas, porque uma coisa é antecipar, outra é só pagar depois que recebeu. O regime do Simples é um dos únicos incentivos legais ao empreendedorismo.

A par da situação concreta tratada nos autos, o ministro Alexandre de Moraes teceu considerações sobre a hipótese em julgamento na ADI 5.464, que tem como parâmetro a EC 87/2015 e o Convênio ICMS 93/2015.

Para ele, a **ratio** dessa emenda foi reequilibrar a tributação entre estados de origem e destino. Não se pretendeu alterar o tratamento dado, desde 1988, às micros e pequenas empresas, nem mesmo aumentar a tributação sobre a cadeia produtiva. A referida modificação constitucional tratou apenas do regime geral aplicável às empresas, não se aplicando aos contribuintes optantes pelo Simples.

Antes da EC 87/2015, se o destinatário da operação interestadual fosse contribuinte do ICMS, o fornecedor recolhia no estado de origem a alíquota interestadual, enquanto o adquirente pagava a diferença entre a alíquota interna e a interestadual no estado de destino, tanto se a mercadoria fosse para revenda quanto para consumo final. Em seguida, o adquirente poderia fazer a compensação do imposto cobrado.

Por sua vez, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte, o fornecedor deveria recolher integralmente o ICMS no estado de origem com base na alíquota interna. O estado de destino, nessa situação, nada recebia.

Após a citada emenda, a tributação sobre essa situação passou também a ser repartida entre os estados de origem e destino. O primeiro exige o ICMS com base na alíquota interestadual, enquanto o outro cobra a diferença entre a alíquota interestadual e a interna. Há, pois, a distribuição dos recursos entre o estado de origem e o de destino.

O ministro Alexandre de Moraes ressaltou que, mesmo após a alteração constitucional, não houve alteração do regime jurídico do Simples, cuja sistemática determina o recolhimento do ICMS juntamente com diversos outros tributos, mediante documento único mensal, nos termos do art. 13 da LC 123/2006. O tratamento diferenciado em relação ao ICMS nem de longe foi tocado pela alteração constitucional; a emenda não modificou o regime do Simples, não tendo havido sua revogação.

No entanto, a partir da mudança constitucional, o Convênio ICMS 93/2015 autorizou os estados de destino a cobrarem do fornecedor localizado em outra unidade federada a diferença da alíquota interestadual e da alíquota interna. Impor o recolhimento do Difal aos optantes do Simples representa aumento de tributo, que somente poderia ocorrer por meio de lei. Com efeito, o convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) não possui competência para tratar dessa matéria.

A divergência foi acompanhada pelos ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, para quem também não incide o diferencial de alíquota do ICMS no caso de remessa interestadual de mercadoria para revenda.

Para eles, as micros e pequenas empresas submetidas ao regime da LC 123/2006, ao contrário das empresas regidas pelo regime geral, recolhem o ICMS em contribuição única e não se creditam do imposto recolhido. O pagamento antecipado do diferencial de alíquota representa um novo recolhimento que não pode ser creditado, criando-se um regime jurídico menos favorecido, portanto maléfico.

Em seguida, o julgamento foi suspenso ante o pedido de vista do ministro Gilmar Mendes

<sup>(1)</sup> LC 123/2006: “Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: (...) § 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a

legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (...) XIII – ICMS devido: (...) g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: (...) 2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor; h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.”

<sup>(2)</sup> CF: “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.”

<sup>(3)</sup> CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

<sup>(4)</sup> CF: Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

RE 970821/RS, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 07.11.2018. (RE-970821)

## REPERCUSSÃO GERAL

### DIREITO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO

#### *Concurso público e remarcação de teste de aptidão física*

É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

Com base nessa orientação, o plenário, por maioria, ao apreciar o Tema 973 da repercussão geral, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a possibilidade de remarcação de data de aplicação de teste de aptidão física a candidata gestante à época de sua realização.

A Corte entendeu que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, a alcançar outros indivíduos e a

própria coletividade. Enquanto a saúde pessoal do candidato em concurso público configura motivo exclusivamente individual e particular, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do homem social e do homem solidário. Por ter o Poder Constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada. Em razão desse amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas, sob pena de ofender os princípios da isonomia e da razoabilidade.

Além disso, o direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar vincula-se estreitamente à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. Tendo em vista a prolongada duração dos concursos públicos e sua tendente escassez, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses em jogo. Por tais razões, as escolhas tomadas muitas vezes impõem às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

De todo modo, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público, além de previsto em todas as Constituições brasileiras, foi reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ademais, os princípios em jogo devem ser analisados à luz da moderna concepção de administração pública gestora. Ao realizar o certame seletivo, o administrador público deve organizar suas ações e decisões de modo a otimizar a gestão pública, entendida esta como o exercício responsável do arbítrio administrativo na forma de decisões, ações e resultado esperado. O gestor, assim, precisa saber avaliar por qual razão o concurso é necessário e quais são os resultados esperados, impondo-se a necessidade de planejamento do processo de contratação.

No caso em comento, a melhor alternativa para o resguardo dos interesses envolvidos corresponde à continuidade do concurso público, com a realização de teste físico em data posterior, reservado o número de vagas necessário. Se, após o teste de aptidão física remarcado, a candidata lograr aprovação e classificação, deve ser empossada. Caso contrário, será empossado o candidato ou candidata remanescente na lista de classificação em posição imediatamente subsequente.

Vencido, o ministro Marco Aurélio, que deu provimento ao recurso ante o reconhecimento da impossibilidade, prevista no edital do certame, de remarcação do teste, na linha do que decidido no [RE 630.733](#).

RE 1058333/PR, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 23.11.2018

## PRIMEIRA TURMA

### DIREITO PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA

#### *Restituição de parcelas recebidas por boa-fé por ordem liminar revogada*

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a embargos de declaração para sanar omissão referente à possibilidade de se exigir a devolução de valores recebidos de boa-fé por servidor público, percebidos a título precário no período em que liminar produziu efeitos.

Para o Colegiado, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 25.430 e MS 30.556 AgR), é desnecessária a devolução dos valores recebidos por liminar revogada, em razão de mudança de jurisprudência. Também é descabida a restituição de valores recebidos indevidamente, circunstâncias em que o servidor público atuou de boa-fé.

A orientação ampara-se na confiança legítima que tinham os beneficiários de a pretensão ser acolhida e no lapso temporal transcorrido entre o deferimento da liminar e sua revogação. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica afastam o dever de restituição de parcelas recebidas por ordem liminar revogada.

Vencido em parte o ministro Marco Aurélio (relator), que proveu os embargos para apenas afastar a omissão. O relator entendeu haver a necessidade de devolução dos valores recebidos pela impetrante com base no art. 46, § 3º, da Lei 8.112/1990 (1).

(1) Lei 8.112/1990: “Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (...) § 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.”

MS 32.185/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13.11.2018

## PLENÁRIO

## DIREITO CONSTITUCIONAL – DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA

*Condenações judiciais da Fazenda Pública: correção monetária e modulação de efeitos*

O Plenário iniciou julgamento conjunto de quatro embargos de declaração opostos de acórdão que deu parcial provimento a recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida ([Tema 810](#)), e declarou a inconstitucionalidade do índice previsto no art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009 (1).

No julgamento do recurso extraordinário, o Colegiado fixou as seguintes teses: (i) o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009; (ii) o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Os embargantes alegam omissão e contradição do citado acórdão por ausência de modulação de seus efeitos. Sustentam que a imediata aplicação dessa decisão criaria um cenário de insegurança jurídica, com risco de dano grave ao erário, diante da possibilidade do pagamento de valores a maior pela Fazenda Pública.

O ministro Luiz Fux (relator) acolheu parcialmente os embargos de declaração interpostos por Estados-membros e pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade do índice previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, proferida no *leading case*.

Em relação aos provimentos judiciais que não transitaram em julgado, o relator estabeleceu, como marco temporal inicial dos efeitos do acórdão embargado, o dia 25 de março de 2015, consoante o que decidido na questão de ordem formulada na [ADI 4.425](#) e na [ADI 4.357](#).

O ministro Luiz Fux afastou a modulação de efeitos quanto aos débitos fazendários que, mesmo antes de 2015, já foram atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Asseverou que o acórdão embargado não alcança os provimentos judiciais condenatórios transitados em julgado, cujos critérios de pagamentos serão mantidos.

Para o relator, trata-se de uma questão não só de segurança jurídica, mas também de repercussão econômica e social.

Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos.

<sup>(1)</sup> Lei 9.494/1997: “Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

RE 870947 ED/SE, RE 870947 Segundos-ED/SE, RE 870947 Terceiros-ED/SE, RE 870947 Quartos-ED/SE, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 6.12.2018. (RE-870947)

### ***ADI e representação de inconstitucionalidade***

Coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma ajuizada perante o tribunal de justiça local e outra perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento da primeira – estadual – somente prejudica o da segunda – do STF – se preenchidas duas condições cumulativas: 1) se a decisão do tribunal de justiça for pela procedência da ação e 2) se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade.

Com esse entendimento, em conclusão, o Plenário, por maioria, rejeitou a prejudicialidade da ação direta. Afastada essa preliminar, por votação unânime, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da expressão “e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado do Amazonas” contida no *caput* do art. 3º, bem assim do § 1º do art. 3º e do § 4º do art. 5º da Lei amazonense 2.778/2002 (1).

Na espécie, houve o ajuizamento de representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual contra os preceitos também impugnados nesta ação direta. A Corte local julgou procedente o pleito, tendo a manifestação transitado em julgado.

Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes (relator), que, ao negar o prejuízo da ação, compreendeu que a decisão do tribunal amazonense não compromete o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Como regra, o trâmite de demanda estadual simultânea deve ser suspenso para aguardar-se o pronunciamento do STF, conforme jurisprudência desta Corte, o que não ocorreu. O relator compreendeu subsistir a jurisdição do Supremo para o controle abstrato, presente declaração de inconstitucionalidade, de eficácia limitada, com base em norma da Constituição do Estado que constitua reprodução, obrigatória ou não, de dispositivo da Constituição Federal.

Caso contrário, seria possível que um tribunal de justiça, por não suspender o trâmite de representação de inconstitucionalidade, desse interpretação à norma de repetição obrigatória que valeria apenas para o respectivo estado-membro. Isso, porque o STF poderia conferir interpretação diversa à norma de repetição obrigatória para os demais entes da Federação.

O ministro Roberto Barroso salientou que é prerrogativa do STF dar a última palavra sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal.

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (presidente) quanto ao prejuízo. Ambos consideraram que, tendo o tribunal de justiça assentado a inconstitucionalidade e a decisão transitado em julgado, não subsiste o objeto da ação direta, por não figurar mais no cenário jurídico e o controle concentrado de constitucionalidade pressupor ato normativo autônomo abstrato em plena vigência.

No mérito, o colegiado declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, por ofensa ao princípio constitucional da igualdade no acesso a cargos públicos e por ofensa à vedação federativa de criar-se distinções entre brasileiros.

<sup>(1)</sup> Lei 2.778/2002 do Estado do Amazonas: “Art. 3º O provimento dos cargos na classe inicial da carreira dar-se-á por aprovação em concurso público de provas e títulos, e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado do Amazonas. § 1º A classificação final dos candidatos será feita pela média ponderada da nota global do concurso, as provas e títulos com peso 1, e o coeficiente final de rendimento em Curso de Administração Pública, mantido por Instituição Pública de Ensino Superior credenciada no Estado do Amazonas, com peso 2. (...) Art. 5º (...) § 4º As notas obtidas no estágio profissional servirão, se for o caso e pela média aritmética correspondente, como critério prioritário de desempate para efeito de nomeação.”

ADI 3659/AM, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13.12.2018.  
(ADI-3659)

## DIREITO CONSTITUCIONAL – ADVOCACIA PÚBLICA

### *Procurador do Estado e atribuição de atividades exclusivas da advocacia a cargo técnico de autarquia*

O Plenário julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação para declarar a inconstitucionalidade de partes do Anexo Único da Lei Complementar 734/2013 e do Anexo IV da Lei Complementar 890/2018, ambas do Estado do Espírito Santo (ES), especificamente quanto ao seguinte trecho: “representar em juízo ou fora dele nas ações em que haja interesse da autarquia e bem como a prática de todos os demais atos de natureza judicial ou contenciosa, devendo, para tanto, exercer as suas funções profissionais e de responsabilidade técnica regidas pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”, resguardada a validade dos atos já praticados.

De início, o Colegiado registrou que a legislação impugnada, apesar de não ter criado uma procuradoria paralela, atribuiu ao cargo de Técnico Superior do Detran/ES com formação em Direito diversas funções privativas de advogado. Ao assim proceder, conferiu algumas atribuições de representação jurídica do departamento de trânsito a pessoas estranhas aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado, com violação do art. 132, *caput*, da Constituição Federal (1).

Por outro lado, entendeu que não se pode deslocar qualquer atuação técnico-jurídica da autarquia para a procuradoria, porque esta não poderá fazer frente a essa gama de trabalho, sob pena de ter suas atividades inviabilizadas. Nesse contexto, é válida a atuação jurídica dos servidores técnicos no âmbito interno, sobretudo em atividades de compliance, tais como conceber e formular medidas e soluções de otimização, fiscalização e auditoria.

Por fim, o Colegiado asseverou que, sob o prisma do princípio da confiança e do postulado da segurança jurídica, afigura-se razoável a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Pretende-se, com isso, resguardar tanto a manutenção dos cargos em questão, excluídas as atribuições judiciais inerentes às procuradorias, quanto a validade dos atos praticados até a presente data, com base na teoria do funcionário de fato.

<sup>(1)</sup> CF: “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”

ADI 5109/ES, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13.12.2018. (ADI-5109)