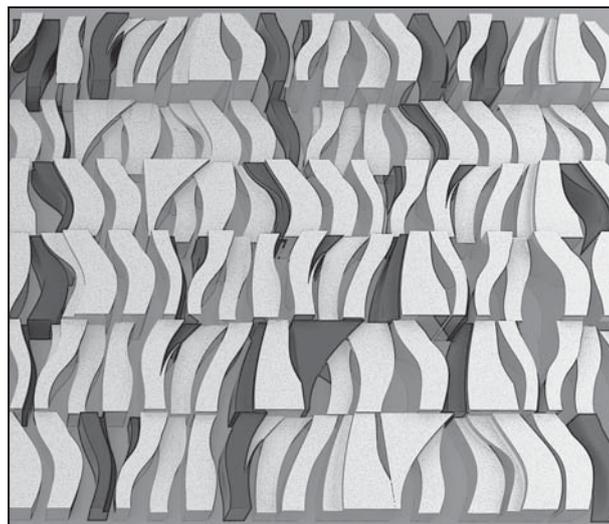


REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA
DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 44, ANO 9
NOVEMBRO 2017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Luis Felipe Salomão

Chefe de Gabinete

Marluce Sampaio Duarte

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

Técnica em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055

Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça - V. 1 (nov. 2005) -. Brasília: STJ, 2005 -.

Periodicidade: Irregular.

Repositório Oficial de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça / Editora Brasília Jurídica, 2005 a 2006, Superior Tribunal de Justiça, 2009 -.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009: <https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.sumulas>

ISSN 2179-782X

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA
DE SÚMULAS

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministra **Laurita Hilário Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra **Fátima Nancy Andrichi**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Diretora-Geral da ENFAM*)

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Diretor da Revista*)

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo** Filho (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luiz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

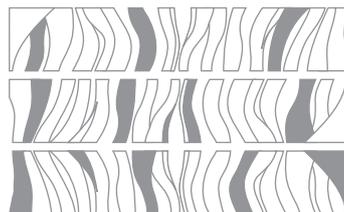


SUMÁRIO

Súmulas

505.....	11
506.....	25
507.....	47
508.....	67
509.....	89
510.....	105
511.....	113
512 (Cancelada).....	129
513.....	155
514.....	181
515.....	191
516.....	207
517.....	251
518.....	277
519.....	285
520.....	297
521.....	315
522.....	323
523.....	337
524.....	359
525.....	377
526.....	389
527.....	415
528.....	423
529.....	433

530.....	455
531.....	471
532.....	495
533.....	509
534.....	541
535.....	569
536.....	579
Índice Analítico	591
Índice Sistemático	603
Siglas e Abreviaturas.....	609
Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça	615



Súmula n. 505

SÚMULA N. 505

A competência para processar e julgar as demandas que têm por objeto obrigações decorrentes dos contratos de planos de previdência privada firmados com a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – REFER é da Justiça estadual.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.364/1996, art. 1º, II.

Lei n. 11.483/2007, arts. 2º, I, e 25.

Súmula n. 365-STJ.

Precedentes:

CC 22.656-MG (2ª S, 14.10.1998 – DJ 07.12.1998)

CC 22.658-MG (2ª S, 14.10.1998 – DJ 22.02.1999)

CC 28.382-RS (2ª S, 08.05.2002 – DJ 10.06.2002)

CC 37.443-RS (2ª S, 23.04.2003 – DJ 12.08.2003)

(*)REsp 1.183.604-MG (2ª S, 11.12.2013 – DJe 03.02.2014)

(*)REsp 1.187.776-MG (2ª S, 11.12.2013 – DJe 03.02.2014) – acórdão publicado na íntegra

REsp 234.474-MG (4ª T, 02.12.1999 – DJ 14.02.2000)

REsp 234.577-MG (4ª T, 04.12.2001 – DJ 18.03.2002)

REsp 243.691-MG (4ª T, 21.03.2000 – DJ 07.08.2000)

REsp 246.709-MG (3ª T, 26.10.2000 – DJ 11.12.2000)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 11.12.2013

DJe 10.2.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.187.776-MG (2010/0056171-7)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER

Advogados: Cassio Luiz Lucas Pereira e outro(s)

Flavianne Lopes de Carvalho e outro(s)

Recorrido: José Antônio Arruda

Advogado: Gercy dos Santos e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL - REFER. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA INSTITUÍDA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES.

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: A competência para processar e julgar as demandas que têm por objeto obrigações decorrentes dos contratos de planos de previdência privada firmados com a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social (REFER) é da Justiça Estadual.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que prossiga no julgamento da apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: “A competência para processar e julgar as demandas que têm por objeto obrigações

decorrentes dos contratos de planos de previdência privada firmados com a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER é da Justiça Estadual.” Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2013 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 3.2.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL - REFER, com fundamento no artigo 105, III, “a” e “c” da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no curso da ação de cobrança de diferenças de contribuição em plano de previdência privada que lhe moveu JOSÉ ANTÔNIO ARRUDA.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fls. 616/619):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REFER - FUNDAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INTERESSE DA UNIÃO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - EFEITOS INFRINGENTES - Excepcionalmente, conferem-se efeitos infringentes aos embargos declaratórios, quando a alteração do julgamento decorra da necessidade de se reconhecer a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento da demanda, diante da superveniência de interesse da União no feito.

Opostos embargos de declaração (fls. 622/629), foram rejeitados (fls. 633/636).

Nas suas razões (fls. 639/653), a recorrente sustentou a violação aos artigos 114, da Constituição Federal e 2º, da Medida Provisória n. 535/2007, além de contrariedade aos enunciados das Súmulas n. 106/TST e 290/STJ, defendendo a competência da Justiça Comum para o conhecimento e julgamento do presente feito.

Afirmou não se vislumbrar interesse da União que justifique o julgamento da ação pela Justiça Federal, pois, em que pese a Medida Provisória n. 353/2007,

convertida na Lei n. 11.483/2007, tenha extinguido a Rede Ferroviária de Seguridade Social - RFFSA e determinado sua sucessão pela União nos direitos, obrigações e ações judiciais, no presente caso, a ação foi proposta contra a recorrente, pessoa jurídica de direito privado distinta daquela e com a qual não se confunde.

Apontou, ainda, divergência jurisprudencial.

Postulou o provimento.

Contrarrazões às fls. 660/666.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia, nos moldes do que dispõem o § 1º do art. 543-C do CPC e o art. 1º da Resolução n. 08/2008 deste Superior Tribunal de Justiça (fl. 668).

Às fls. 679/680, afetei o julgamento do presente recurso à Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com o disposto nos artigos 534-C do Código de Processo Civil e 2º, *caput*, da Resolução n. 08/STJ, de 07/08/2008.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 229/233, opinou pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas.

A controvérsia posta em debate cinge-se a determinar a competência para processar e julgar as ações que têm por objeto obrigações decorrentes dos contratos de planos de previdência privada firmados com a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER, entidade fechada de previdência privada, instituída pela extinta Rede Ferroviária de Seguridade Social - RFFSA, sociedade de economia mista atualmente sucedida pela União.

A matéria é deveras conhecida nesta Corte e foi amplamente analisada pelos membros da Terceira e Quarta Turmas ao longo dos anos, bem como no âmbito desta Egrégia Segunda Seção mediante conflitos de competência suscitados entre a Justiça Comum e a Justiça Federal, estando, atualmente, pacificada.

Passo à análise da tese.

(I) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL

A controvérsia dos autos remonta à edição da Lei n. 9.364/96, resultado da conversão da Medida Provisória n. 1.529/96, que autorizou, em seu artigo 1º, inciso II, o pagamento com sub-rogação pela União dos débitos da Rede Ferroviária de Seguridade Social junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e à Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – REFER.

Confira-se:

Art. 1º Fica a União autorizada ao pagamento com sub-rogação dos débitos da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA junto:

(...)

II - à Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER, até o montante de R\$ 408.000.000,00 (quatrocentos e oito milhões de reais).

Com isso, sobreveio a discussão acerca da competência para processar e julgar as demandas em que a REFER figurasse como parte, tendo-se consolidado no âmbito desta Corte Superior o entendimento segundo o qual a autorização para a União saldar os débitos da RFFSA junto à referida entidade de previdência privada não implica o deslocamento da competência destas ações para a Justiça Federal.

É que a competência fixada no artigo 109 da Constituição Federal se firma *ratione personae*, de modo que o deslocamento do feito para a Justiça Federal somente se justifica quando a União, autarquias federais ou empresas públicas forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Na hipótese em comento, inexistente vínculo de direito material entre a União e associado ou ex-participante de plano de previdência privada firmado com a REFER a justificar o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Ademais, a REFER, entidade fechada de previdência privada, organizada sob a forma de fundação, possui personalidade jurídica própria que não se confunde com a personalidade jurídica da sua instituidora e patrocinadora, ou seja, a RFFSA, sociedade de economia mista que sequer é demandada nesses casos.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

RESERVA DE POUPANÇA. REFER. Ausência de ente federal. Competência da Justiça Estadual. (CC 22.658/MG, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 22/02/1999 p. 62);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REFER - FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

1. Compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar ação proposta contra REFER - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social, instituída por sociedade de economia mista que não tem foro na Justiça Federal, a teor da Súmula n. 42/STJ.

2. A Lei n. 9.364/96 não desloca a competência para a Justiça Federal, eis que, apenas, autorizou a União a pagar, com sub-rogação, os débitos da RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A junto, também, à REFER - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social, dentro do montante especificado.

3. "Não se inclui na competência dos juízes federais o julgamento de causas em que figure como parte entidade fechada de previdência social instituída como fundação" (CC n. 3.276-2/MG, 2ª Seção, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 09.11.92).

4. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum do Estado. (CC 22.656/MG, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 07/12/1998 p. 39);

REFER. Competência. É da Justiça Comum estadual a competência para julgar ação de cobrança promovida contra a Refer por seu associado, para receber benefício previsto em seu estatuto. Recurso não conhecido. (REsp 234.474/MG, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 14/02/2000 p. 43);

PROCESSO CIVIL. REFER - FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. LEVANTAMENTO DE RESERVA DE POUPANÇA POR ASSOCIADO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE À UNIÃO. DESCABIMENTO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CASO QUE ENVOLVE DIREITO OBRIGACIONAL. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO SOBRE OS PRINCÍPIOS E FINS QUE INSPIRARAM A CRIAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - Na linha do entendimento da Segunda Seção deste Tribunal, é da Justiça Comum Estadual a competência para julgar ação de cobrança promovida contra a Refer por seu associado, para receber benefício previsto em seu estatuto.

II - A Segunda Seção, ao julgar o CC 22.656-MG (DJ 07.12.98), fixou o entendimento de que a Lei n. 9.364/96 "apenas autorizou a União a pagar, com sub-rogação, os débitos da RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A - junto, também, à REFER - Fundação Rede Ferroviária Federal de Seguridade Social - dentro do montante especificado". Disso decorre que, não havendo vínculo de direito material entre a ré e a União, no que concerne ao pedido formulado na inicial, inexistente obrigação de a União

responder pela condenação sofrida pela entidade de previdência privada quanto a obrigações por ela assumidas para com os seus associados.

III - Ausente o prequestionamento quanto à decadência incide, na espécie, o enunciado 282 da súmula/STF.

IV - Consoante precedente da Quarta Turma, embora seja parte na ação, como ré, uma fundação pública, o Ministério Público não está obrigado a intervir, dado que se cuida de questão meramente negocial, uma vez que o art. 26 do Código Civil abrange, tão somente, os temas de relevância para a manutenção dos princípios e fins que inspiraram a criação da pessoa jurídica. (REsp 243.691/MG, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 07/08/2000 p. 114);

Previdência privada. Competência. Denúnciação da lide. Intervenção do Ministério Público. Decadência. Lei n. 9.364/96. Precedentes da Corte.

1. A Lei n. 9.364/96, como assentado em precedente da Corte “não desloca a competência para a Justiça Federal, eis que, apenas, autorizou a União a pagar, com sub-rogação, os débitos da RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A junto, também, à REFER - Fundação da Rede Ferroviária de Seguridade Social, dentro do montante especificado”, não acarretando, igualmente, a denúnciação da lide.

2. O Ministério Público não deve intervir em causas que digam respeito a uma determinada relação de direito privado, tal e qual ocorre nas ações de cobrança de associado contra entidade de previdência privada.

3. Não colhe êxito a alegação de decadência diante do enquadramento feito pelo Acórdão recorrido, considerando o cenário de fato, assim a situação do associado.

4. O mérito da aplicação da correção monetária não pode ser enfrentado diante da ausência de fundamentação suficiente e da indicação de dispositivo de lei federal que teria sido violado ou de dissídio jurisprudencial.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 246.709/MG, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ 11/12/2000 p. 194);

CIVIL E PROCESSUAL. DESLIGAMENTO DE EMPREGADO DA RFFSA. REFER. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA. CITAÇÃO. VALIDADE. DESNECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. LEI N. 9.364/96. CPC, ARTS. 113, 285 E 319. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

I. A mera circunstância de a União Federal achar-se obrigada, por lei, a custear débitos da R.F.F.S.A. junto à REFER não atrai a competência da Justiça Federal em se tratando de ação movida por ex-participante de plano de previdência complementar que busca diferenças na restituição de parcelas de contribuição da fundação ré, que possui personalidade jurídica própria.

II. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público estadual, afastada a alegação de nulidade do processo, eis que sua atribuição de fiscalizar entidade fundacional não torna obrigatória a sua intervenção em demanda dessa natureza.

III. Válida a citação feita via postal com aviso de recebimento enviado para o domicílio da ré e lá recebida por empregado seu.

IV. A ausência de prequestionamento das questões alusivas ao prazo de citação e do índice de correção impede o exame das matérias em sede especial, ao teor das Súmulas n. 282 e 356 do C. STF.

V. Recurso especial não conhecido.

(REsp 234.577/MG, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 18/03/2002 p. 254);

COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO ORDINÁRIA.

Salvo se a União, autarquia ou empresa pública federal nela ingressar como autora, ré, assistente ou oponente, compete à justiça estadual conhecer e julgar ação proposta contra a Rede Ferroviária Federal S/A e a REFER - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social, entidade fechada de previdência social, instituída como fundação por sociedade de economia mista.

Conflito conhecido e declarada a competência do juízo suscitado.

(CC 28.382/RS, Relator(a) Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 10/06/2002 p. 137);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO ORDINÁRIA. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. REFER - FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES.

Cabe à justiça estadual conhecer e julgar ação proposta por associado contra a REFER - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social, entidade fechada de previdência social, instituída como fundação por sociedade de economia mista.

Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitado.

(CC 37.443/RS, Relator Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 12/08/2003 p. 185).

Depois de pacificada a matéria, a discussão foi retomada com a edição da MP 353/2007, convertida na Lei 11.483/2007, que encerrou o processo de liquidação da RFFSA e determinou, em seu artigo 2º, inciso I, a sucessão da Rede Ferroviária pela União nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas

algumas ações previstas no inciso II, *caput*, do art. 17, as quais tratam de lides trabalhistas que não são objeto de análise no caso em tela.

No artigo 25 da referida norma, de outro lado, ficou a União autorizada a atuar como patrocinadora do plano de benefícios administrado pela REFER, em relação aos beneficiários assistidos da extinta RFFSA em 22 de janeiro de 2007, data da publicação da MP 535/2007.

Este o teor dos dispositivos citados:

Art. 2º A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do caput do art. 17 desta Lei; e

Art. 25. *Fica a União autorizada a atuar como patrocinadora do plano de benefícios administrado pela Refer, em relação aos beneficiários assistidos da extinta RFFSA em 22 de janeiro de 2007.*

Acerca da competência decorrente da sucessão de partes tratada no art. 2º, inciso I, tem-se que, nos termos do enunciado da Súmula n. 365/STJ, “*a intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal, ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual*”.

Quanto à interpretação do artigo 25, da Lei n. 11.483/2007 para fins de fixação da competência, deve-se considerar tratar-se de norma com conteúdo e finalidade idêntica à regra do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 9.364/96.

Assim, conforme bem elucidado pela eminente *Ministra Maria Izabel Gallotti*, no julgamento do REsp 1.148.604/MG, “*sendo certo que o pagamento pela União dos débitos da RFFSA perante a REFER (Lei 9.364/96, art. 1º, inc. II) não desloca a competência para a Justiça Federal, o mesmo entendimento aplica-se na hipótese de a União figurar como patrocinadora da REFER (Lei 11.483/2007), porque, do mesmo modo, o litígio decorre de contrato celebrado entre o segurado e a entidade de previdência privada*”.

Prossegue, ainda, a eminente Ministra, acrescentando que

O artigo 25, da Lei 11.483/2007, nada mais fez do que repetir a assunção das dívidas da RFFSA perante a REFER, antes prevista na Lei 9.364/96 (art. 1º), como forma de assegurar o cumprimento dos contratos de complementação de aposentadoria e outros benefícios celebrados com antigos empregados da RFFSA. Digo isso porque o referido art. 25 restringiu o patrocínio da União à REFER aos beneficiários assistidos em 22/11/2007, data da edição da MP 535/2007 e que marcou a extinção da estatal ferroviária.

Como se observa, apenas a intervenção da União no processo é causa efetiva para o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Anota-se, ademais, que este entendimento vem sendo prestigiado no âmbito desta Segunda Seção, conforme se pode observar das seguintes decisões monocráticas: CC 121.697, Relator Ministro *JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*, 30/10/2013; CC 129.090, Relator Ministro *RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA*, 03/10/2013; CC 128.394, Relator Ministro *RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA*, 03/10/2013; CC 127.595, Relator Ministro *RAUL ARAÚJO*, 07/10/2013; CC 129.001, Relator Ministro *RAUL ARAÚJO*, 04/10/2013; CC 128.802, Relator Ministro *PAULO DE TARSO SANSEVERINO*, 15/08/2013; CC 126.104, Relatora Ministra *NANCY ANDRIGHI*, 11/06/2013; CC 128.143, Relatora Ministra *NANCY ANDRIGHI*, 10/06/2013; CC 125.749 Relatora Ministra *MARIA ISABEL GALLOTTI*, 05/04/2013, CC 124.603, Relator Ministro *LUIS FELIPE SALOMÃO*, 19/03/2013; CC 124.885, Relator Ministro *LUIS FELIPE SALOMÃO*, 18/03/2013; CC 121.394, Relator Ministro *ANTONIO CARLOS FERREIRA*, Data da Publicação 05/03/2013; CC 120.933, Relator Ministro *ANTONIO CARLOS FERREIRA*, 21/02/2013, CC 125.850, Relator Ministro *MARCO BUZZI*, 26/02/2013; CC 120.033, Relator Ministro *MARCO BUZZI*, 17/02/2012; CC 118.051, Relator Ministro *SIDNEI BENETI*, 19/09/2011; CC 109.016, Relator Ministro *SIDNEI BENETI*, 16/03/2010.

Incontestemente, destarte, o consenso nessa Corte Superior acerca da competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar as demandas movidas por associado ou ex-participante contra a REFER, objetivando o pagamento de complementação de aposentadoria, diferenças da restituição de contribuição (reserva de poupança) e da restituição de pecúlio, expurgos inflacionários à conta de reserva de poupança etc.

Assim, para fins do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, firma-se a seguinte tese: *“A competência para processar e julgar as demandas que têm por objeto obrigações decorrentes dos contratos de planos de previdência privada firmados com a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER é da Justiça Estadual.”*

II) APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

No caso dos autos, o recurso especial merece ser conhecido e provido pela alínea “c” do permissivo constitucional.

Com efeito, o Tribunal *a quo*, ao determinar a remessa dos autos à Justiça Federal, com base no artigo 25, da Lei n. 11.483/2007, divergiu da orientação jurisprudencial consolidada desta Corte, conforme fundamentos acima explanados.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da apelação.

Publicado o Acórdão, expeçam-se ofícios, transmitindo cópia do presente julgamento a todos os E. Presidentes dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, para que se proceda nos termos do 543-C, §§ 7º, I e II, e 8º, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei n. 11.672, de 8/05/2008.

É o voto.



Súmula n. 506

SÚMULA N. 506

A Anatel não é parte legítima nas demandas entre a concessionária e o usuário de telefonia decorrentes de relação contratual.

Referência:

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

(*)REsp 1.068.944-PB (1ª S, 22.10.2008 – DJe 28.10.2008) – acórdão publicado na íntegra

AgRg no Ag 1.059.683-PR (2ª T, 18.08.2009 – DJe 27.08.2009)

AgRg no Ag 1.085.565-SP (2ª T, 09.03.2010 – DJe 18.03.2010)

AgRg no Ag 1.114.859-SP (1ª T, 03.12.2009 – DJe 11.12.2009)

AgRg no Ag 1.151.546-SP (1ª T, 10.11.2009 – DJe 26.11.2009)

AgRg no Ag 1.195.826-GO (2ª T, 27.04.2010 – DJe 11.05.2010)

AgRg no

AgRg no Ag 1.012.536-AM (1ª T, 05.08.2008 – DJe 20.08.2008)

REsp 788.806-MS (2ª T, 21.03.2006 – DJ 30.03.2006)

REsp 792.641-RS (1ª T, 21.02.2006 – DJ 20.03.2006)

REsp 857.076-MS (2ª T, 18.03.2008 – DJe 04.04.2008)

REsp 904.534-RS (2ª T, 15.02.2007 – DJ 1º.03.2007)

REsp 959.393-PR (2ª T, 15.12.2011 – DJe 17.02.2012)

REsp 981.389-RS (2ª T, 06.12.2007 – DJ 18.12.2007)

REsp 1.011.992-RS (1ª T, 26.02.2008 – DJe 26.03.2008)

REsp 1.185.596-SP (2ª T, 04.05.2010 – DJe 17.05.2010)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 26.3.2014

DJe 31.3.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.068.944-PB (2008/0135118-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Telemar Norte Leste S/A

Advogado: Caio Cesar Vieira Rocha e outro(s)

Recorrido: Maria das Graças Belmiro

Advogado: Julianna Erika Pessoa de Araújo e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIÇOS DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE USUÁRIO E CONCESSIONÁRIA. ANATEL. INTERESSE JURÍDICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. TARIFA DE ASSINATURA MENSAL. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. SÚMULA 356/STJ.

1. Pacificou-se a jurisprudência das Turmas da 1ª Seção do STJ no sentido de que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da ANATEL, que, na condição de concedente do serviço público, não ostenta interesse jurídico qualificado a justificar sua presença na relação processual.

2. Conforme assentado na Súmula 356/STJ, “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.
Brasília (DF), 22 de outubro de 2008 (data do julgamento).
Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 28.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que julgou procedente demanda objetivando o reconhecimento da ilegitimidade da cobrança de tarifa de assinatura mensal relativa à prestação de serviços de telefonia. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. No recurso especial, a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art. 535 do CPC, pois, mesmo opostos os embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; (b) arts. 3º, 29, 30, 31, da Lei 8.987/95, 5º da Lei 9.469/67, 47 e 50 do CPC, sob o fundamento de que, pela natureza da causa, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL nela deveria figurar como litisconsorte passiva necessária; e (c) arts. 3º, 5º, 8º, 19, VII, X, VII, 63, 83, 93, II, III, VII, IX, 103, 104, 108 da Lei 9.472/97, 3º, XXIV, 74, 79 da Resolução 426/05 da ANATEL, e 7º do CDC, que legitimam a cobrança da tarifa questionada. Pede a reforma do julgado. Pede também o afastamento da multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Em contra-razões, a recorrida defende genericamente o não-conhecimento do recurso. No mérito, pugna por seu improvimento (fls. 321/326).

Por decisão de fls. 631, conferiu-se ao recurso o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. O Ministério Público, em parecer de fls. 636/648, opinou pelo provimento parcial do recurso, para fins de afastamento da multa imposta com base no art. 538 do CPC e reconhecimento da legalidade da tarifa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não há omissão no acórdão recorrido. Com fundamentação própria mas suficiente, ele decidiu de modo integral a controvérsia posta nos autos.

2. As questões principais discutidas no presente recurso já foram objeto de inúmeras decisões de ambas as Turmas da 1ª Seção do STJ, sendo pacífica, atualmente, a jurisprudência no sentido de que:

(a) em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por consumidor contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da ANATEL, que, na condição de concedente do serviço público, não ostenta interesse jurídico qualificado a justificar sua presença na relação processual; e

(b) é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa (Súmula 356/STJ).

3. Sobre tais temas, em voto proferido como relator do REsp 979.292, 1ª Turma, DJ de 03.12.07, sustentei o seguinte:

“1. O litisconsórcio necessário está disciplinado no art. 47 do CPC, que assim dispõe:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.

Sustenta-se que Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, entidade controladora e reguladora dos serviços de telefonia e da sua estrutura tarifária, é litisconsorte passiva necessária nesta demanda.

2. Para adequada compreensão do tema, algumas premissas básicas devem ser recordadas. Em primeiro lugar, é preciso ter presente a circunstância de que o litisconsorte não é terceiro na relação processual, e sim parte, “e parte principal, tanto quanto o outro” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 333, nota 2). Litisconsórcio, portanto, nada mais é do que “o fenômeno jurídico da pluralidade de partes na relação processual” (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.265). Por isso mesmo se afirma que a existência ou não de litisconsórcio, inclusive o necessário, é, no fundo, uma questão envolvendo “legitimidade para agir” (LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª ed., Forense, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, p. 107) e que para poder ser litisconsorte, é indispensável, antes de mais nada, que a pessoa tenha legitimidade para ser parte. A propósito, ensina didaticamente Pontes de Miranda:

“Na posição jurídica processual de *partes* pode haver uma pluralidade de pessoas, de modo que à cumulação subjetiva corresponde litisconsórcio. (...) Quando se trata de saber se cabe, ou não, litisconsórcio, nada mais se discute sobre a legitimidade da parte, porque, sem essa, não pode haver litisconsórcio: a pessoa não poderia ser legitimada como parte, *mesmo* para a propositura isolada de ação. Quem não pode entrar na porta, por faltar-lhe ingresso, não pode entrar indo com outrem. Assim, antes de responder a questões como ‘Podem A e B ser litisconsortes?’ ‘Podem B e C ser citados, como litisconsortes, na ação em que é parte A?’, é preciso que se responda a outras questões, que são anteriores: ‘Pode A ser parte?’ ‘Pode B ser parte?’ ‘Pode C ser parte?’. Se B não poderia, sozinho, propor a ação, ou ser citado para ação, também não pode ingressar em juízo como litisconsorte, nem ser puxado à lide” (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 9)

Partindo dessa premissa, cumpre definir quem pode, legitimamente, figurar como parte numa relação processual. Em nosso sistema, ressalvada a hipótese de legitimação extraordinária do substituto processual (que depende de autorização de lei - CPC, art. 6º), a legitimação para a causa, nos demais casos (= ordinariamente), se estabelece a partir da relação de direito material objeto do litígio. “*Parte legítima para a causa*”, ensina Athos Gusmão Carneiro, “é quem figura na relação de direito processual como titular, em tese, da relação de direito material nela deduzida, ou, vistas as coisas sob outro ângulo, como titular dos interesses em lide, ou, ainda, como substituto processual” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de Terceiros, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 41). No mesmo sentido:

“*Partes legítimas* são as pessoas a quem a lei outorga a qualidade para estar em juízo na defesa de direitos e interesses, seja propondo a demanda, seja para que em relação a elas a demanda seja proposta (legitimidade ativa ou passiva). Ordinariamente, têm essa qualidade apenas os sujeitos da relação material em litígio (os cônjuges para a ação de separação judicial, os contratantes para a de anulação do contrato, etc.)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 247).

Chega-se, portanto, à primeira conclusão básica: para legitimar-se como litisconsorte (= como parte) é indispensável, salvo nos casos em que a lei expressamente o autorize, que a pessoa figure, pelo menos em tese, como parte na relação jurídica (ou, se for o caso, em uma das relações jurídicas) de direito material objeto do litígio. Quem não tem vínculo com a relação de direito material afirmada na inicial não é parte legítima, já que não é e nem pode ser beneficiada ou prejudicada em seu patrimônio jurídico pelo resultado da demanda.

3. Atendido a esse primeiro requisito, caberia, em seqüência, investigar em que casos as partes, assim legitimadas, estão obrigadas a litisconsorciar-se, ou seja, em que casos há litisconsórcio obrigatório (= necessário). O litisconsórcio, quando cabível, é, em regra, facultativo, isto é, depende da vontade dos próprios interessados em litisconsorciar-se. A obrigatoriedade de sua formação se dá exclusivamente nas hipóteses do art. 47 do CPC, acima transcrito. Sobre o tema, eis o que diz a doutrina:

“A necessariedade do litisconsórcio é ditada no art. 47, *caput*, que indica as duas situações conducentes a ela. Na árdua tarefa de decifrar as palavras confusas desse dispositivo, chega-se à conclusão de que o litisconsórcio será necessário *quando for unitário* e também *quando assim a lei o determinar*. Fora dessas hipóteses, é facultativo. A facultatividade constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II; *supra*, n. 89), e porque a necessariedade importa restrição ao *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio necessário, o sujeito só poderá agir em associação com outro ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessariedade se resolve em uma *legitimidade necessariamente conjunta* (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessariedade a casos não estritamente cobertos pela duas hipóteses do art. 47 do Código de Processo Civil. O litisconsórcio só será necessário (a) quando a causa versar um *objeto incindível*, conforme disposição genérica contida no art. 47 do Código de Processo Civil ou (b) quando assim a lei o estabelecer de modo específico, embora o objeto não seja incindível” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 352-353).

“O conceito de litisconsórcio necessário, como se sabe mas nunca é demais repisar, não se confunde com o de litisconsórcio unitário; nem é este, tampouco, uma particular espécie daquele. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário são dois fenômenos distintos, quanto ao ponto-de-vista em que se coloca a problemática referente a cada um deles: lá, trata-se do *juízo homogêneo* que deve ser dispensado àqueles que estão no processo como litisconsortes; aqui, da exigência de que no processo *estejam* certas pessoas coligadas na condição de autores ou de réus. Ambos, porém, são *expressões de uma só idéia*, qual seja, a inadmissibilidade de cindir determinada relação jurídica, pretendendo inutilmente ditar uma solução endereçada a certa pessoa, sem ditar a mesma solução com vistas a outra. Seria insuficiente exigir que, em certos casos, o julgamento fosse homogêneo e coerente entre os co-litigantes, permitindo embora que a causa se processasse sem a presença de todos

eles: por outro lado, nesses casos, 'não teria sentido obrigar diversos sujeitos a estar em juízo juntos', se não fosse para com isso garantir-se o tratamento unitário dos seus interesses. (...) A mesma idéia de 'direito indivisível', ou de 'relação jurídica incindível', que tem servido para distinguir as situações conducentes ao litisconsórcio necessário, o mesmo critério prático que exclui a admissibilidade de julgados conflitantes, todos esses pontos de referência devem servir, em princípio, como critério para determinar também a necessidade do litisconsórcio (v. supra, n. 20): afinal, se absurdo há em conceber uma sentença que julgue procedente quanto ao réu varão e improcedente quanto à mulher a ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público, o mesmo absurdo haverá também no julgamento de semelhante demanda perante um dos cônjuges apenas, sem que o outro seja parte no processo (como averbar no registro civil a nulidade, sem que um deles, o que não foi parte, esteja sujeito à autoridade do julgado? como opor o cônjuge, em caso de sentença julgando a ação improcedente, a coisa julgada produzida em seu favor, quando pode o outro, perfeitamente, voltar a sustentar a nulidade do matrimônio?). (...) A regra fundamental é hoje a seguinte, contida no art. 47, *caput*, do Código de Processo Civil: 'há litisconsórcio necessário, quando ... o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes'. Ora, entre as palavras omitidas na transcrição acima está a referência à *natureza da relação jurídica litigiosa*, como ponto de apoio para aferir-se a exigência de decisão homogênea para todos os litisconsortes; se a relação posta em juízo for *incindível*, então não se admitirão julgamentos discrepantes e, por força da regra geral contida no art. 47, também necessário será o litisconsórcio. Depois, se observarmos que a indispensável uniformidade da decisão constitui expressão da unitariedade deste, poderemos substituir a parte final do dispositivo transcrito, passando a lê-lo da seguinte maneira: 'há litisconsórcio necessário, quando ele for unitário'. Segundo a regra fundamental, o litisconsórcio será necessário sempre que unitário. Dito isso, percebe o leitor que se repropõem integralmente, com referência à necessidade decorrente do disposto no art. 47 do Código de Processo Civil, todas aquelas questões já estudadas no trato da unitariedade e relativas aos casos em que ela ocorre (cfr., supra, n. 20). Têm pertinência, aqui também, as investigações em torno da natureza da relação jurídica como critério que conduzirá, pela via indireta do art. 47, à necessidade do litisconsórcio; quanto a isso, pode-se dizer, da mesma forma como no trato da unitariedade foi dito, que a necessidade se dará quando a relação jurídica controvertida for *incindível*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo: doutrina e jurisprudência, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, pp. 112, 113, 116 e 117).

"Diz-se que há *litisconsórcio unitário* quando o provimento jurisdicional tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes,

não se admitindo, para eles, julgamentos diversos. O julgamento terá de ser o mesmo para todos os litisconsortes. O *litisconsórcio unitário* é a unidade da pluralidade: vários são considerados um; o *litisconsórcio unitário* não é o que parece ser, pois várias pessoas são tratadas no processo como se fosse apenas uma. Para que assim se caracterize o litisconsórcio, dependerá ele da natureza da relação jurídica controvertida no processo: haverá unitariedade quando o mérito do processo envolver *uma* relação jurídica *incindível*. É imprescindível perceber que são dois os pressupostos para a caracterização da unitariedade, que devem ser investigados nesta ordem: a) os litisconsortes discutem uma única relação jurídica; b) essa relação jurídica é indivisível” (DIDIER JR., Freddie. Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 266).

A segunda conclusão a que se chega é, destarte, a seguinte: para que as partes sejam obrigadas a litisconsorciar-se (= para haver litisconsórcio necessário), é indispensável, salvo nos casos em que a lei imponha, que os litisconsortes sejam partes de uma peculiar relação de direito material posta como objeto litigioso: uma relação de direito material única e incindível, o que determina, como imperativo lógico necessário, um julgamento uniforme para todos.

4. Ora, no caso em exame, ninguém contesta que a relação de direito material posta em juízo é, exclusivamente, a que se estabeleceu, por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia. A ANATEL não faz parte nem do contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente. Assim, a ANATEL, porque não ostenta sequer a condição para se legitimar como parte, não pode ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. Aliás, na petição inicial, nada é pedido em relação a ela, nenhuma pretensão é deduzida contra ela. A sentença, conseqüentemente, não a beneficiará e nem a prejudicará.

Não merece guarida, à toda evidência, a tese sustentada pela recorrente, segundo a qual a condição litisconsorte necessária decorre da competência (= poder) normativa ou reguladora dos serviços de telefonia e, especialmente, da estrutura tarifária correspondente. Para que essa afirmação pudesse ser verdadeira seria indispensável afirmar que o exercício do poder normativo ou controlador ou de polícia ou de concedente de serviços públicos, pelos entes estatais, transforma tais entes em partes em todas as relações de direito material estabelecidas pelos destinatários das normas por eles editadas, ou pelas entidades por eles fiscalizadas ou pelas empresas titulares de concessões ou autorizações por eles expedidas. Pensar assim significaria dizer, absurdamente, que as entidades estatais seriam partes nas relações jurídicas de direito material estabelecidas, por exemplo, entre concessionárias de serviços concedidos (v.g., energia elétrica) e seus usuários, entre instituições financeiras e seus clientes, entre instituições seguradoras e seus segurados, e assim por diante. O poder

normativo ou regulador ou de polícia não determina, nem pode determinar, tal espécie de vinculação jurídica, razão pela qual não se pode imaginar possível a presença daqueles entes estatais como litisconsortes (sequer facultativos, quanto mais necessários) em demandas sobre tais relações jurídicas. A jurisprudência do STJ é pródiga em afastar tal espécie de litisconsórcio, como se pode perceber dos seguintes e ilustrativos precedentes: (...) AgRg no Ag 121.388/RS, 4ª T., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.03.1997; AgRg no Ag 85.207/RJ, 3ª T., Min. Waldemar Zveiter, DJ 18.03.1996; AgRg no Ag 88.028/RS, 3ª T., Min. Waldemar Zveiter, DJ 11.03.1996.

5. O litisconsórcio necessário, ademais, supõe, conforme se viu, que a relação de direito material seja única e incindível. No que se refere especificamente ao regime de concessão de serviços públicos de telefonia, ninguém nega que a relação jurídica estabelecida entre concessionário e usuário, decorrente do contrato entre eles firmado (sem a participação da ANATEL), não se confunde com a relação jurídica decorrente do contrato de concessão (estabelecido entre ANATEL e concessionária, sem a participação do usuário). São relações jurídicas distintas e juridicamente autônomas. Seria absurdo supor tratar-se de relação jurídica única e incindível. Se tal fosse verdadeiro, ter-se-ia que admitir essa unicidade e incindibilidade também em relação a todos os demais usuários, a significar que qualquer demanda de qualquer usuário contra a concessionária produziria efeitos, desde logo e diretamente, em relação a todos os usuários e ao próprio contrato de concessão, o que determinaria desde logo um litisconsórcio necessário universal, envolvendo a todos. O argumento, como se percebe, prova demais, porque leva ao absurdo. Inexistindo unicidade e incindibilidade da relação jurídica litigiosa, não se faz presente o pressuposto básico e indispensável ao litisconsórcio passivo necessário previsto no art. 47 (segunda espécie) do CPC.

6. Aliás, a tese da recorrente não chega ao ponto afirmar tal unicidade e nem sequer sustenta que a sentença de procedência nesta demanda produzirá efeitos prejudiciais diretos contra o patrimônio jurídico da ANATEL. O que se diz é que ela pode produzir efeitos reflexos, já que fará juízo a respeito da legitimidade de um dos elementos componentes da estrutura tarifária por ela estabelecida normativamente. Não há como supor essa relação de causa e efeito, até porque a legitimidade ou não das normas estabelecidas pela ANATEL, a sua observância ou não pela concessionária, constitui mero fundamento da demanda, e não seu objeto. Os fundamentos, como se sabe, não tem efeito vinculante e não fazem coisa julgada, nem para as partes e muito menos para terceiro (CPC, art. 469, I e II).

O que se poderia dizer, talvez com mais razão, é que os efeitos reflexos da sentença em face da ANATEL decorreriam, não por causa do seu poder normativo ou controlador e sim em virtude da sua condição de órgão concedente do serviço público de telefonia. Realmente, não se pode negar a existência de relação entre o contrato de concessão (cujas partes são o concedente e a concessionária) e o contrato de utilização dos serviços (firmado entre concessionária e usuário). Embora autônomos, são contratos derivados um do outro: o segundo só existe

porque o primeiro existe. É o que também ocorre, por exemplo, entre o contrato de locação (entre locador e locatário) e o de sub-locação (entre locatário e sub-locatário) ou o de empreitada (entre empreitante e empreiteiro) e o de sub-empreitada (entre empreiteiro e sub-empreiteiro). São contratos distintos mas entre si relacionados por elo de derivação. Assim, eventual demanda sobre o contrato principal pode ter reflexos sobre o contrato derivado. Demanda entre locador e locatário e entre empreitante e empreiteiro a respeito da validade do contrato de locação ou de empreitada pode gerar reflexos sobre a situação jurídica do sub-locador e do sub-empreiteiro. Isso não confere a eles, todavia, a qualidade de litisconsortes necessários, já que a demanda não diz a relação jurídica de que eles sejam partes. O que existe, nesse caso, é um manifesto interesse jurídico de um terceiro (sub-locatário ou sub-empreiteiro) de que uma das partes (locatário ou empreiteiro) seja o vencedor da demanda. Isso os legitima, não como litisconsortes, mas sim como assistentes.

Com efeito, estabelecem os artigos 50 (assistência simples) e 54 (assistência litisconsorcial) do CPC:

“Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”.

“Art. 54. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51”.

Explicitando os conceitos, eis a doutrina:

“A assistência diz-se *simples* ou *adesiva* quando o assistente intervém para discutir a relação jurídica do assistido, mas o faz porque a sua situação jurídica é dependente e conexa com aquela deduzida em juízo, de tal sorte que a decisão final refletirá em sua posição jurídica. Encontra-se na posição de assistente simples o subempreiteiro na ação em que o empreiteiro discute sobre a validade da empreitada. A *assistência* diz-se *litisconsorcial* quando o assistente intervém para discutir a relação jurídica deduzida nos autos e que também lhe pertence. Trata-se de relação subjetivamente plúrima, que pertence também ao assistente, não obstante tenha o assistido dado início à ação. Nessas hipóteses, o assistente, em verdade, acopla-se ao processo, para defender direito próprio, diversamente do que o faz o assistente simples. Assim, v.g., o sócio que adere à pretensão

de outro na dissolução da sociedade; o acionista que ingressa na ação em que um grupo pede a anulação da assembleia geral ordinária; o condômino que intervém em prol do outro condômino da coisa na ação possessória; o adquirente da coisa litigiosa que atua ao lado do alienante na ação em que outrem se afirma dono da coisa. Todos esses casos são de assistência litisconsorcial” (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 278-279)

“A assistência é, em si, a ajuda que uma pessoa presta a uma das partes principais do processo, com vista a melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional. Na disciplina das intervenções de terceiros, chama-se assistência o *ingresso voluntário de um terceiro no processo, com a finalidade de ajudar uma das partes*. Segundo dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil, pode intervir no processo o terceiro com *interesse jurídico* em que a sentença seja favorável a uma das partes. O interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos *jurídicos* que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa. Exemplo claro de terceiro titular de obrigação dependente daquela que está sob julgamento é o da causa pendente entre o credor e o devedor, para condenação deste a pagar o valor da obrigação. O fiador é legitimado a intervir em defesa do réu-afiançado, com o objetivo de pleitear uma sentença que negue a existência da obrigação principal - a qual é pressuposto necessário de sua obrigação acessória, porque a existência desta depende da existência da obrigação principal. (...) É de *prejudicialidade* a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação do terceiro - e daí o interesse deste em ingressar. Ingressa em auxílio de uma parte, mas não por altruísmo - e sim para prevenir-se contra declarações que no futuro possam influir em sua própria esfera de direitos. Como sempre, se ele não intervier restar-lhe-á intacta a possibilidade de defender seus próprios interesses depois, seja exercendo o direito de ação ou defendendo-se; e sempre sem o vínculo da coisa julgada, que não se estende a quem não haja sido parte no processo (art. 472). Mas, intervindo, procura evitar o precedente desfavorável” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 387-388)

“Na assistência, ocorre o ingresso de um terceiro em processo alheio - embora venha a assistência disciplinada fora do capítulo atinente à intervenção de terceiros - com vistas a melhorar o resultado a ser dado nesse litígio, tendo em vista a parte a que passa a assistir, seja porque tenha

interesse próprio (art. 50), ou, seja porque o seu próprio direito possa ser afetado (art. 54). O Código de Processo Civil prevê duas modalidades de assistência: a *simples*, disciplinada a partir do art. 50 (arts. 50 e parágrafo único; 51, 52, 53 e 55), e a *litisconsorcial*, regulamentada no art. 54, e também ao art. 55, pois este abrange as duas espécies. Os aspectos configuradores da fisionomia do instituto da *assistência simples* são: a) não é o assistente parte, tal como o são autor e réu, pois a lide não é respeitante ao seu direito, apesar de a lei o denominar de *parte não-principal* (art. 52); b) deve sempre o assistente ter interesse *jurídico* para poder ingressar no litígio (art. 50). O objetivo da assistência simples é agregar-se o assistente a uma das partes, colimando que a sentença seja favorável à parte à qual auxilie. Portanto, o assistente, para intervir no processo, desde logo deverá evidenciar a dimensão concreta do interesse que justifique sua intervenção (arts. 50 e 51), salvo quando esta já esteja claramente definida em lei (Lei 8.245/91, art. 59, § 2º, que repete, neste particular, o que já constava da revogada Lei 6.649/79, art. 35, parágrafo único). Já na *assistência litisconsorcial* existe uma pretensão material do assistente sobre o objeto material do processo, mas não pretensão processual pelo assistente deduzida, senão que foi deduzida pelo assistido, *mas que, por isso mesmo, está em juízo, e também a ele, assistente, diz respeito (tal como se ele a houvesse deduzido)*. Esta conceituação deve ser desdobrada, para melhor entendimento. O assistente litisconsorcial, diz a lei (art. 54), tem relação jurídica (= conflito de interesses) com o adversário do assistido, *da mesma forma que tem, esse mesmo conflito, o próprio assistido*" (ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp. 119-121)

"Na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender do julgamento da causa. Como diz Genacéia Alberton: o assistente simples visa à vitória do assistido, tendo em vista o reflexo que a decisão possa ter em relação jurídica existente entre eles. Fundamental perceber que, no processo, não se discute relação jurídica da qual faça parte este terceiro, bem como não tem ele qualquer vínculo jurídico com o adversário do assistido. O terceiro intervém para ser parte auxiliar - sujeito parcial mas que, em razão de o objeto litigioso do processo não lhe dizer respeito diretamente, fica submetido à vontade do assistido. Bom exemplo é o do sublocatário, em demanda de despejo contra o locatário, pois o direito dele depende da preservação de direito de outrem; seu interesse jurídico é mediato e aparentemente altruísta, pois, para proteger o seu patrimônio, tem de ajudar na defesa do alheio" (DIDIER JR., Freddie. Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 296).

“A intervenção por *assistência* é uma forma de intervenção *espontânea*, e que ocorre não por via de ‘ação’ mas sim por *inserção* do terceiro na relação processual pendente. (...) O terceiro, ao intervir no processo na qualidade de assistente, não formula pedido algum em prol de direito seu. Torna-se *sujeito* do processo, mas *não se torna parte*. O assistente insere-se na relação processual com a finalidade ostensiva de coadjuvar a uma das partes, de ajudar ao *assistido*, pois o assistente tem *interesse* em que a sentença venha a ser favorável ao litigante a quem assiste. (...) *Não é qualquer interesse* que autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim *apenas o interesse jurídico*. O interesse, v.g., meramente afetivo, ou meramente econômico, não faculta a assistência. Em face do inter-relacionamento, da maior ou menor interdependência das relações jurídicas, freqüentemente a sentença proferida na causa entre A e B poderá *refletir-se* em relação jurídica entre A e o terceiro C, quer favorecendo a posição jurídica do terceiro, quer prejudicando-o juridicamente. Assim, procedente a ação de despejo e operada a resolução do pacto de locação entre A e B, a sentença importa também na resolução das sublocações. Ao sublocatário assiste, pois, a faculdade de intervir no processo assistindo o locatário réu, já que a própria vigência do contrato de sublocação poderá ser afetada pelo teor da sentença. Vamos supor, outrossim, o caso do proprietário de moradia urbana. O dono do terreno vizinho pretende neste construir alto edifício, que poderá prejudicar a vista, a insolação, a privacidade do morador da casa. A Prefeitura nega a permissão de construção, invocando infringência a posturas, e surge o conflito judicial. O proprietário da casa tem manifesto interesse, até econômico, na não-construção do edifício, e a doutrina e a jurisprudência têm entendido que tal interesse é também *jurídico*, autorizando assim seu ingresso no processo como assistente do Município. É *jurídico* o interesse no clássico exemplo do tabelião que requer ser admitido como assistente do réu em ação proposta para anular, para defeito formal, a escritura pública que redigiu. Se procedente a demanda, surgirá, em tese, em favor do interessado na validade da escritura, pretensão indenizatória contra o notário” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 151-153).

7. Bem se vê, dessas ilustrativas passagens doutrinárias, que a intervenção da ANATEL, na presente demanda, poderia ser admitida, na melhor das hipóteses, na condição de assistente simples, ou seja, de alguém que tem interesse jurídico na vitória de uma das partes, já que a sua derrota pode lhe ser prejudicial. Fica certamente afastada a condição de assistente litisconsorcial, eis que, para isso, seria indispensável, segundo o art. 54 do CPC, que estivesse sendo questionada na demanda uma relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido (no caso, deveria ser uma relação jurídica entre a ANATEL e o próprio usuário, o que não existe).

Todavia, nem mesmo a condição de assistente simples pode aqui ser admitida: a demanda diz respeito apenas à relação derivada (entre concessionária e usuário), e não à originária (contrato de concessão), da qual deriva. Se a demanda tivesse por objeto a legitimidade da relação originária poder-se-ia admitir que a procedência do pedido afeta, reflexamente, a relação dela derivada. O contrário, todavia, não se verifica: a nulidade do contrato derivado não afeta o contrato originário. Os exemplos citados pela doutrina esclarecem isso: a sentença que declarada a nulidade do contrato de empreitada tem reflexos sobre o de subempreitada; o inverso, todavia, não é verdadeiro. O mesmo ocorre com o contrato de locação, cuja nulidade afeta a sublocação, mas o inverso não é verdadeiro.

É justamente por isso, aliás, que a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas da 1ª Seção tem negado, em hipóteses análogas, a existência de interesse jurídico da ANATEL para intervir como assistente simples das concessionárias. Nesse sentido:(...) REsp 904.534/RS, Min. Humberto Martins, 2ª T., DJ 1º.03.2007; REsp 809.504/RS, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 07.08.2006; REsp 795.448/RS, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ 08.06.2006; REsp 796.031/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ 29.05.2006; REsp 788.806/MS, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 30.03.2006.

8. De qualquer modo, ainda que se admitisse a legitimação da ANATEL para intervir no processo na condição de assistente simples, seria importante atentar para as substanciais diferenças entre o litisconsorte necessário e assistente, notadamente pelas conseqüências que trazem para a presente demanda e para as demais centenas de demandas semelhantes ajuizadas pelos usuários do serviço de telefonia. Assim, *v.g.*, a assistência - simples ou litisconsorcial - é sempre voluntária, não podendo ser imposta nem mesmo a pedido do assistido e pode ocorrer em qualquer fase do processo (“... o assistente recebe o processo no estado em que se encontra” - CPC, art. 50, parágrafo único); já o litisconsórcio necessário deve ser formado obrigatoriamente, desde o início do processo, como condição de validade e de eficácia da própria sentença, o que significa que, não sendo requerido pelo autor, a conseqüência será a extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 47 e parágrafo único). Portanto, a acolher-se a tese da recorrente cumpriria ao juiz (neste e nos demais processos) declarar a nulidade desde o início e determinar que o autor promova a citação da ANATEL, como prevê o art. 47 do CPC.

9. A Primeira Seção desta Corte, em sessão de 24/10/2007, apreciando o REsp 911.802/RS, Min. José Delgado, decidiu, por maioria, ser legítima a cobrança de tarifa de assinatura mensal sobre serviços de telefonia, nesses termos:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE “ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL”. NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A

PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N. 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. (...) 3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada. 4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal. 5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa. 6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei. 7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência. 8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados. 9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. 10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação ...”. 11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica. 12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas. 13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas. 14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui

uma franquia de 90 pulsos. 15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista. 16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência. 17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”. 18. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada. 19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos. 20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997. 21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários. 22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame. 23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação. 24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; REsp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; REsp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; REsp 214.758/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 02/05/2000; REsp 150.137/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27/04/1998, entre outros. Idem do STF: RE 207.609/DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19/05/1999. 25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSÃO NO TRIBUNAL

DE ORIGEM. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. 1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem. 2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano). 3. Pedido deferido (MC 10.235/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 01.08.2005). 26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia. 27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada”.

Assim, a decisão do tribunal de origem deve ser reformada nos termos do voto acima transcrito”.

O acórdão ficou assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA ANATEL. TARIFA DE ASSINATURA MENSAL. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. PRECEDENTE. 1. Litisconsorte é parte, e não terceiro, na relação processual. Assim, para legitimar-se como litisconsorte é indispensável, antes de mais nada, legitimar-se como parte. Em nosso sistema, salvo nos casos em que a lei admite a legitimação extraordinária por substituição processual, só é parte legítima para a causa quem, em tese, figura como parte na relação de direito material nela deduzida. 2. O litisconsórcio, quando cabível, é, em regra, facultativo. Para que as partes sejam obrigadas a litisconsorciar-se (= para haver litisconsórcio necessário), é indispensável, salvo nos casos em que a lei o imponha, que os litisconsortes sejam partes de uma peculiar relação de direito material, única e incindível, que determina, como imperativo lógico necessário, um julgamento uniforme para todos (CPC, art. 47). 3. O exercício do poder normativo ou controlador ou de polícia ou de concedente de serviços públicos, pelos entes estatais, não transforma tais entes em partes nas relações de direito material estabelecidas pelos destinatários das normas por eles editadas, ou pelas entidades por eles fiscalizadas ou pelas empresas titulares de concessões

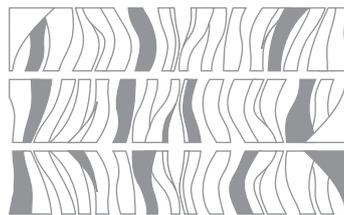
ou autorizações por eles expedidas. 4. No caso, a relação de direito material objeto da demanda é, exclusivamente, a que se estabeleceu, por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia. A ANATEL, concedente do serviço público, não faz parte desse contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente. Assim, porque não ostenta sequer a condição para se legitimar como parte, não pode a ANATEL ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. 5. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 911.802/RS, Min. José Delgado, em sessão de 24/10/2007, decidiu ser legítima a cobrança da tarifa de assinatura mensal sobre serviços de telefonia. 6. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 979.292, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03.12.07).

3. Importante enfatizar que a matéria de mérito foi sumulada pela Primeira Seção nos seguintes termos: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa” (Súmula 356/STJ).

4. Quanto à multa aplicada com base no parágrafo único do art. 538 do CPC, tem razão a recorrente. Os embargos de declaração foram manifestados para prequestionar dispositivos legais que entendeu pertinentes para a resolução da causa. De acordo com a Súmula 98 do STJ, “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. O recurso, portanto, também deve ser provido no ponto, para afastamento da multa aplicada.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus de sucumbência, fixando-se os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observada a decisão de fl. 28. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado: (a) aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC; (b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08.

É o voto.



Súmula n. 507

SÚMULA N. 507

A acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11/11/1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.213/1991, arts. 23 e 86, §§ 2º e 3º.

Lei n. 9.528/1997, art. 2º.

MP n. 1.596-14/1997, art. 2º.

Precedentes:

**(*)REsp 1.296.673-MG (1ª S, 22.08.2012 – DJe 03.09.2012) –
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no AREsp 225.061-SP (2ª T, 23.10.2012 – DJe 06.11.2012)

AgRg no AREsp 238.467-SC (2ª T, 13.11.2012 – DJe 18.12.2012)

AgRg no AREsp 283.735-RS (2ª T, 23.04.2013 – DJe 02.05.2013)

AgRg no REsp 1.308.248-RS (1ª T, 20.11.2012 – DJe 26.11.2012)

AgRg no REsp 1.316.746-MG (2ª T, 19.06.2012 – DJe 28.06.2012)

AgRg no REsp 1.339.176-SP (1ª T, 16.05.2013 – DJe 23.05.2013)

AgRg no REsp 1.347.167-RS (1ª T, 18.12.2012 – DJe 04.02.2013)

REsp 1.311.604-SE (2ª T, 02.10.2012 – DJe 09.10.2012)

REsp 1.365.970-RS (2ª T, 02.05.2013 – DJe 10.05.2013)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 26.3.2014

DJe 31.3.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.296.673-MG (2011/0291392-0)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF
Recorrido: Nedit Ribeiro de Figueiredo
Advogado: Carlos Henrique Soares Faria

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ART. 86, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.596-14/1997, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 9.528/1997. CRITÉRIO PARA RECEBIMENTO CONJUNTO. LESÃO INCAPACITANTE E APOSENTADORIA ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA CITADA MP (11.11.1997). DOENÇA PROFISSIONAL OU DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DO MOMENTO DA LESÃO INCAPACITANTE. ART. 23 DA LEI 8.213/1991. CASO CONCRETO. INCAPACIDADE POSTERIOR AO MARCO LEGAL. CONCESSÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. INVIABILIDADE.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de indeferir a concessão do benefício de auxílio-acidente, pois a manifestação da lesão incapacitante ocorreu depois da alteração imposta pela Lei 9.528/1997 ao art. 86 da Lei de Benefícios, que vedou o recebimento conjunto do mencionado benefício com aposentadoria.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (“§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.”), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997. No mesmo sentido: REsp 1.244.257/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.3.2012; AgRg no AREsp 163.986/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2012; AgRg no AREsp 154.978/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.6.2012; AgRg no REsp 1.316.746/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 28.6.2012; AgRg no AREsp 69.465/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 6.6.2012; EREsp 487.925/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 12.2.2010; AgRg no AgRg no Ag 1.375.680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19.10.2011; AREsp 188.784/SP, Rel. Ministro Humberto Martins (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 29.6.2012; AREsp 177.192/MG, Rel. Ministro Castro Meira (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 20.6.2012; EDcl no Ag 1.423.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 124.087/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 21.6.2012; AgRg no Ag 1.326.279/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.4.2011; AREsp 188.887/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 179.233/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 13.8.2012.

4. Para fins de fixação do momento em que ocorre a lesão incapacitante em casos de doença profissional ou do trabalho, deve ser observada a definição do art. 23 da Lei 8.213/1991, segundo a qual

“considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro”. Nesse sentido: REsp 537.105/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 17/5/2004, p. 299; AgRg no REsp 1.076.520/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 9/12/2008; AgRg no REsp 686.483/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 6/2/2006; (AR 3.535/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJe 26/8/2008).

5. No caso concreto, a lesão incapacitante eclodiu após o marco legal fixado (11.11.1997), conforme assentado no acórdão recorrido (fl. 339/STJ), não sendo possível a concessão do auxílio-acidente por ser inacumulável com a aposentadoria concedida e mantida desde 1994.

6. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Benedito Gonçalves.

Compareceu à sessão, a Dra. Luysien Coelho Marques Silveira, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a” e “c”, da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

INSS - AUXÍLIO-ACIDENTE - CUMULAÇÃO - APOSENTADORIA - POSSIBILIDADE - PRIMEIRO BENEFÍCIO ANTERIOR À LEI 9.258/1997 CONCESSÃO - TERMO INICIAL. É possível a cumulação do benefício de auxílio acidente com aposentadoria previdenciária, se esta foi concedida antes da Lei 9.258/1997, por aplicação do princípio “tempus regit actum”, pois ao tempo da concessão do primeiro benefício era possível a cumulação. A concessão do auxílio-acidente deve ter como termo inicial a data de juntada do laudo pericial aos autos, salvo se não houver recurso administrativo pleiteando o benefício, que, neste caso, será da data da decisão do recurso. Em reexame necessário, modifica em parte a sentença. Recurso voluntário não provido.

Os Embargos de Declaração opostos pelo ora recorrente (fls. 356-360/STJ) foram rejeitados (fls. 207-214/STJ).

O INSS sustenta, em Recurso Especial, violação do art. 535 do CPC, com base na não apreciação da matéria ventilada nos Embargos de Declaração. Aduz que não há como conceder o benefício de auxílio-acidente se a lesão incapacitante se manifestou após o advento da alteração do art. 86 da Lei de Benefícios imposta pela Lei 9.528/1997, que vedou a cumulação com aposentadoria.

O Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial (fls. 389-391/STJ).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 4.7.2012.

1. Violação do art. 535 do CPC

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e, REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Ademais, verifico o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, razão por que passo ao exame do mérito.

2. Concessão de auxílio-acidente. Cumulação com aposentadoria. Exame da matéria sob o rito do art. 543-C do CPC

Conforme a decisão de fls. 401-402/STJ, o presente Recurso Especial foi submetido ao procedimento dos recursos repetitivos, de forma que passo a fixar a orientação acerca da matéria jurídica controvertida.

De acordo com o já relatado, o INSS pretende a reforma da decisão de origem para que seja indeferida a concessão de auxílio-acidente. Aduz que, no momento da lesão incapacitante – data em que a moléstia inabilitou o recorrido para o trabalho –, estava em vigor a atual redação do art. 86 da Lei de Benefícios, estipulada pela Lei 9.528/1997. Tal preceito impediria a concessão e a manutenção conjunta de auxílio-acidente e aposentadoria.

A celeuma já foi fartamente debatida nesta Corte Superior e possui entendimento sedimentado.

A premissa básica para a resolução da questão é a fixação dos critérios para cumulação dos benefícios em discussão.

Inafastável a narrativa da evolução legislativa sobre o tema, a começar pela redação original do art. 86 da Lei 8.213/1991, que permitia a cumulação, ou seja, o auxílio-acidente e a aposentadoria eram benefícios previdenciários passíveis de recebimento conjunto. Transcrevo o citado dispositivo:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela que implique:

I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;

II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício.

A mudança – e aqui se origina a controvérsia – ocorreu com a edição da Medida Provisória 1.596-14/1997 (DOU de 11.11.1997), que alterou a redação do citado art. 86 (grifei):

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997)

§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, *vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria*.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, *exceto de aposentadoria*, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

A mencionada Medida Provisória foi convertida na Lei 9.528/1997 (DOU de 11.12.1997), que convalidou os atos daquele preceito normativo.

O marco temporal da alteração legal é, portanto, 11.11.1997, quando adveio a vedação da acumulação do recebimento dos benefícios de auxílio-acidente e aposentadoria.

Ressalto que, independentemente da conclusão a que se chegue sobre o tema, não há prejuízo, em tese, ao segurado. Isso porque, a partir da alteração legal acima, ficou estabelecido que o auxílio-acidente será computado no cálculo da aposentadoria. É o que impõe o art. 31 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pelas normas modificadoras acima mencionadas:

Art. 31. O valor mensal do auxílio-acidente integra o salário-de-contribuição, para fins de cálculo do salário-de-benefício de qualquer aposentadoria, observado, no que couber, o disposto no art. 29 e no art. 86, § 5º.

Com efeito, a alteração do regime previdenciário caracterizou dois sistemas:

a) até 10.11.1997 o auxílio-acidente e a aposentadoria coexistiam sem qualquer regra de exclusão ou cômputo recíprocos.

b) após 11.11.1997, inclusive, a superveniência de aposentadoria extingue o auxílio-acidente, que, por outro lado, passa a ser computado nos salários de contribuição daquele benefício.

Embora evidente, ressalte-se a total impossibilidade de aplicação híbrida dos dois regimes, seja para possibilitar o recebimento conjunto e o cômputo do auxílio-acidente na aposentadoria, seja, em sentido totalmente oposto, para vedar a cumulação e a inclusão do benefício acidentário no cálculo da renda mensal inicial do jubramento.

Feitas tais considerações, sobressai a necessidade de estabelecer os critérios que vão definir qual dos regimes se aplica a cada casa concreto.

Nesse ponto, o que determina a lei aplicável às situações de cumulação de direitos é exatamente o momento em que ocorre tal sobreposição.

A jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que somente é possível a cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria se a lesão incapacitante, geradora do auxílio-acidente, e a concessão do jubramento forem anteriores às alterações legislativas antes referidas.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO ACIDENTE. APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. INVIABILIDADE. CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 9.528/97. SÚMULA 83/STJ.

1. A redação original do art. 86 da Lei n. 8.213/91 previa que o auxílio-acidente era um benefício vitalício, sendo permitida a cumulação do referido auxílio pelo

segurado com qualquer remuneração ou benefício não relacionados com o mesmo acidente.

2. O referido normativo sofreu alteração significativa com o advento da MP 1.596-14/97, convertida na Lei n. 9.528/97, que afastou a vitaliciedade do auxílio-acidente e passou expressamente a proibir a acumulação do benefício acidentário com qualquer espécie de aposentadoria do regime geral, passando a integrar o salário de contribuição para fins de cálculo da aposentadoria previdenciária.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a possibilidade de acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria requer que a lesão incapacitante e a concessão da aposentadoria sejam anteriores às alterações promovidas pela Lei n. 9.528/97. Súmula 83/STJ.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.244.257/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 19/3/2012).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA E AUXÍLIO-ACIDENTE. ECLOSÃO DA MOLÉSTIA ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI 9.528/97. ACÓRDÃO A QUO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS DECLARADAS PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência assentada do STJ, somente é possível a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria por invalidez caso o acidente gerador da incapacidade tenha ocorrido antes da vigência da Lei n. 9.528/97.

2. No caso dos autos, o Tribunal *a quo* atestou haver comprovação de que a lesão incapacitante, geradora do auxílio-acidente, eclodiu antes da vigência da Lei n. 9.528/97, razão pela qual faz jus o segurado à cumulação do benefício auxílio-acidente com a aposentadoria.

3. A inversão do julgado esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 163.986/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/6/2012).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE EM TESE. NO CASO: NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O presente agravo regimental do INSS impugna o óbice da Súmula 7/STJ, a fim de ver afastada a possibilidade de o segurado acumular auxílio-acidente com aposentadoria.

2. A respeito da suposta violação dos artigos 18, § 2º, e 86, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que se o acidente típico ocorreu em ocasião posterior à edição da Lei 9.528/97, não é possível a cumulação da aposentadoria com o auxílio-acidente.

3. No caso, da leitura do acórdão recorrido, nota-se que não houve menção à data da eclosão da lesão incapacitante, apenas se afirmou, com apoio no laudo pericial, que a aposentadoria especial do trabalhador se deu em 4/10/1977. A reavaliação dos fatos e provas constantes nos autos encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 154.978/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 4/6/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. APOSENTADORIA CONCEDIDA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 9.528/1997. AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no REsp 1.316.746/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 28/6/2012).

AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE. FATO GERADOR ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 9.528/1997. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no AREsp 69.465/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 6/6/2012).

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. MOLÉSTIA SURGIDA ANTES DA LEI 9.528/97. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. "É viável a acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria, desde que a moléstia incapacitante tenha surgido antes da vigência da Lei 9.528/97. Não altera a conclusão a circunstância de a ação acidentária ter sido ajuizada após a edição do referido diploma legal. Precedentes da Terceira Seção" (EResp 431.249/SP, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora convocada do TJMG, DJe 4/3/08).

2. Embargos de divergência acolhidos para negar provimento ao recurso especial.

(EResp 487.925/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 12/2/2010).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA ANTERIORIDADE

DA MOLÉSTIA INCAPACITANTE. JUROS DE MORA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. LEI 11.960/2009. APLICAÇÃO IMEDIATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Com as alterações do art. 86, § 2º da Lei 8.213/91, promovidas pela MP 1.596-14/97, convertida na Lei 9.528/97, o auxílio-acidente deixou de ser vitalício e passou a integrar o salário-de-contribuição para fins de cálculo do salário de benefício de aposentadoria previdenciária, motivo pelo qual o citado dispositivo trouxe em sua redação a proibição de acumulação de benefício acidentário com qualquer espécie de aposentadoria do regime geral.

2. Entretanto, afasta-se a incidência dessa vedação na hipótese de a moléstia incapacitante ter, comprovadamente, surgido em data anterior à vigência da Lei 9.528/97, em observância ao princípio do *tempus regit actum*. Precedentes do STJ.

3. No caso dos autos, o pedido foi julgado procedente pelo Tribunal de origem ao argumento de que o acidente que gerou a moléstia incapacitante que acomete o segurado aconteceu antes da edição da mencionada norma.

4. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.086.944/SP, representativo de controvérsia, pacificou o entendimento de que o art. 1o-F, da Lei 9.494/97, que fixa os juros moratórios nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública no patamar de 6%, tem incidência tão somente em relação às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1326279/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 5/4/2011).

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO. APOSENTADORIA E AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. JUBILAÇÃO POSTERIOR À LEI N. 9.528/1997. IMPOSSIBILIDADE.

1. É firme a jurisprudência desta Terceira Seção no sentido da possibilidade de cumulação de proventos de aposentadoria com benefício de auxílio acidente, desde que a moléstia tenha eclodido antes da alteração normativa decorrente da Lei n. 9.528/1997.

2. Para correta adequação do caso concreto ao entendimento pacificado nesta Corte, é imprescindível que a aposentadoria tenha sido concedida antes da alteração normativa. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AgRg no Ag 1375680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19/10/2011).

No mesmo sentido são as seguintes decisões monocráticas: AREsp 188.784/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 29.6.2012;

AREsp 187.102/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.6.2012; AREsp 177.192/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.6.2012; EDcl no Ag 1.423.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 124.087/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 21.6.2012; AREsp 188.887/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 179.233/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 13.8.2012.

Assim, a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, apta a gerar o direito ao auxílio-acidente, e a concessão da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991, promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997.

3. Eclosão da doença incapacitante. Definição para doença profissional ou do trabalho. Data de início da doença ou da incapacidade. Exame da matéria sob o rito do art. 543-C do CPC

Outro aspecto do presente tema que gera muita controvérsia e uma intensa reiteração de recursos é a definição da expressão “lesão incapacitante”.

O INSS aponta a necessidade de estabelecer qual o marco para definir a lei aplicável ao auxílio-acidente: se a data de início da doença ou a data de início da incapacidade.

A relevância da diferenciação encontra-se nos casos de doença profissional ou do trabalho, já que não caracterizam o infortúnio laboral típico. Isso porque é possível que o segurado tenha a doença, mas tenha plena capacidade de trabalho.

No presente caso, o recorrido trabalhou como mineiro e adquiriu a doença denominada silicose, resultado da exposição à nociva substância sílica.

Desse contexto emerge a necessidade de estabelecer se a “lesão incapacitante”, que é um dos critérios definidores para a cumulação do auxílio-acidente e aposentadoria, se dá no momento em que ocorre a doença do trabalho ou quando ela se torna incapacitante. No caso específico, por exemplo, a doença surgiu antes da instituição da vedação de cumulação dos benefícios (11.11.1997), mas a incapacidade eclodiu após o citado momento.

Sobre esse ponto, há manifestações lapidares desta Corte Superior, das quais transcrevo excerto do voto condutor do acórdão no AgRg no REsp 686.483/SP (Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 6/2/2006, grifei):

Ao que se tem, em mais de uma ocasião, a Egrégia 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça firmou-se em que, na concessão do benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente à época do fato jurídico produtor do direito ao benefício.

Tal orientação, aliás, se harmoniza com o Enunciado n. 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, revista no julgamento do ERE n. 72.509/PR, Relator Ministro Luiz Gallotti, in DJ 30/3/73, com indubitável incidência analógica na espécie, *verbis*:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.” (nossos os grifos).

Ora, a aposentadoria ou proventos de inatividade é espécie do gênero benefício previdenciário, assim como o auxílio-acidente.

E por reunião dos requisitos necessários, aqui se entende a realização do suporte fático do direito à concessão do benefício.

Tem-se, assim, que os benefícios previdenciários devem ser regulados pela lei vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício.

E em se tratando de auxílio-acidente, a lei aplicável é a vigente ao tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho, incidindo, como incide, nas hipóteses de doença profissional ou do trabalho, a norma inserta no artigo 23 da Lei n. 8.213/91, *verbis*:

“Art. 23. Considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.”

Isso porque, a doença profissional e a do trabalho - assim entendidas, respectivamente, a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social e a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente (artigo 20, incisos I e II, da Lei n. 8.213/91) -, têm, em regra, atuação lenta no organismo, sendo de difícil determinação a sua data exata.

Daí, o dispositivo legal supramencionado haver estabelecido como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício de atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória,

ou o dia em que for realizado o diagnóstico, este identificado com a data da perícia realizada no processo administrativo ou a data da juntada do laudo pericial em juízo, valendo para a sua determinação o que ocorrer primeiro.

Nesse mesmo sentido (grifei):

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF. APOSENTADORIA E AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL. DATA DO ACIDENTE. TERMO INICIAL. DATA DA JUNTADA DO LAUDO.

1. "(...) Para viabilizar o conhecimento do especial, pelo fundamento da alínea 'a' do permissivo constitucional, não é suficiente a simples menção explícita aos preceitos de lei que se pretende desafiados (pelo acórdão do Tribunal *a quo*), mas, ainda, a motivação justificadora, esclarecendo-se, com precisão, em sua dicção e conteúdo, para possibilitar, ao julgador, o cotejo entre o teor dos artigos indicados como violados e a fundamentação do recurso. (...)" (REsp 160.226/RN, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, *in* DJ 11/5/98).

2. Não se conhece de recurso especial fundado na violação dos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil, quando o recorrente, em suas razões, não define nem demonstra em que consistiu a omissão alegada.

3. "1. Na concessão do benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício. Precedentes da 3ª Seção.

2. *Para se decidir a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, em face do advento da Lei 9.528/97, deve-se levar em consideração a lei vigente ao tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho, incidindo, como incide, nas hipóteses de doença profissional ou do trabalho, a norma inserta no artigo 23 da Lei 8.213/91.*

3. Em havendo o acórdão embargado reconhecido que o tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho é anterior à vigência da Lei n. 9.528/97, é de se reconhecer a possibilidade da cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, incidindo a Lei n. 8.213/91 na sua redação original, por força do princípio *tempus regit actum*.

4. Incidência analógica da Súmula n. 359 do STF e orientação adotada pela 3ª Seção nas hipóteses de pensão por morte devida a menor designado, antes do advento da Lei 9.032/95." (REsp 373.890/SP, da minha Relatoria, *in* DJ 24/6/2002).

4. Em regra, "(...) o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria." (artigo 86, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91).

5. Em não havendo concessão de auxílio-doença, esta Corte Superior de Justiça, interpretando o caput do artigo 86, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que haja requerimento do benefício no âmbito administrativo, a expressão “após a consolidação das lesões” constitui o termo inicial para a concessão do auxílio-acidente, identificando-o com a juntada do laudo pericial em juízo.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido.

(REsp 537.105/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 17/5/2004, p. 299).

DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL. DATA DA JUNTADA DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO.

1. Para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que “Para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade.” (AR n. 624/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ 23/11/98).

3. *Não havendo notícia nos autos acerca da data do início da incapacidade laborativa, nem de requerimento de auxílio-acidente no âmbito administrativo em data anterior à edição da Lei n. 9.528/97, e elaborado o laudo pericial já na vigência da Lei n. 9.528/97, não há como se pretender cumular auxílio-acidente com qualquer aposentadoria.*

4. Pedido improcedente.

(AR 3.535/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 26/8/2008).

PREVIDENCIÁRIO. AFASTAMENTO DA ATIVIDADE LABORATIVA. RELEVÂNCIA PARA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. AUXÍLIO-ACIDENTE CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.528/1997. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DO AUXÍLIO-ACIDENTE INCORPORADO AO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

1. O auxílio-doença é substitutivo da renda do segurado e, a teor do disposto nos artigos 59 e 60 da Lei n. 8.213/1991, deve ser pago a partir do 16º dia do afastamento e enquanto durar a incapacidade.

2. *Diversamente, o auxílio-acidente não tem caráter substitutivo, mas indenizatório. É devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, na hipótese em que o segurado, após a consolidação das lesões, resultar com*

seqüelas que lhe reduzam a capacidade para o trabalho (art. 86, caput, e § 2º, Lei n. 8.213/1991).

3. *O afastamento do trabalho ocorrido em 21/6/1995 deu-lhe o direito ao auxílio-doença, e não ao auxílio-acidente; este somente teve início em fevereiro de 1998, quando foi considerada apta a retornar à atividade, todavia, com seqüelas que lhe reduziaram a capacidade.*

4. *Como o benefício acidentário somente se deu na vigência da nova regra proibitiva, não pode ser cumulado com aposentadoria de qualquer espécie, sob pena de ofender o artigo 86, § 1º, da Lei n. 8.213/1991.*

5. Desde a edição da Lei n. 9.528/1997, o valor percebido a título de auxílio acidentário deixou de ser vitalício e passou a integrar o salário-de-contribuição da aposentadoria (art. 31 da Lei de Benefícios).

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.076.520/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/12/2008).

Assim, no caso de acidente típico, o início da incapacidade laborativa é exatamente o momento em que ocorre o infortúnio. Já quanto à doença do trabalho, o art. 23 da Lei 8.213/1991 estabelece como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou ainda o dia em que realizado o diagnóstico, o que ocorrer primeiro.

A “lesão incapacitante” do auxílio-acidente, para fins de apuração de possibilidade de cumulação com aposentadoria, por conseguinte, é o dia do acidente em casos de doença profissional ou do trabalho, conforme o art. 23 da Lei de Benefícios.

3. Resolução do caso concreto

O INSS apresenta Recurso Especial, aduzindo que a concessão do auxílio-acidente não é possível, pois a eclosão da lesão incapacitante é posterior ao advento da Lei 9.528/1997, não obstante a aposentadoria ser anterior a este marco legal.

O acórdão decidiu a controvérsia da seguinte maneira (fls. 338-339/STJ, grifei):

No caso dos autos, o Apelante alega que a incapacidade laboral decorrente da doença profissional do Apelado, só foi reconhecida em 2002, após a edição da referida lei.

Todavia, pela análise dos autos, em especial do laudo pericial, constata-se que a doença adquirida pelo Apelado decorreu do trabalho executado em minas e à exposição a sílica.

Assim, *embora a moléstia tenha se manifestado após a aposentadoria do Apelado, e após a Lei n. 9.528/97, é evidente o nexo de causalidade entre a doença e o trabalho, existindo direito ao pagamento do auxílio-acidente.*

Mister salientar ser possível a cumulação do benefício do auxílio-acidente com aposentadoria previdenciária, se esta foi concedida antes da Lei 9.258/97, por aplicação do princípio “tempus regit actum”, pois ao tempo da concessão do primeiro benefício era possível a cumulação.

Como no caso dos autos, a aposentadoria do Apelado foi concedida em 1994, é possível a sua cumulação com o auxílio-acidente.

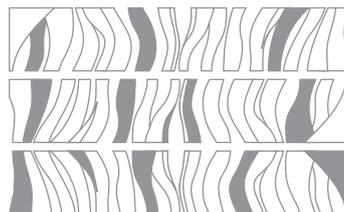
Está assentado na decisão vergastada, portanto, que a moléstia incapacitante se manifestou depois da aposentadoria do apelado e da Lei 9.528/1997.

Na esteira dos parâmetros jurídicos fixados no item anterior, para que subsista o auxílio-acidente, é necessário que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11.11.1997, data da publicação da Medida Provisória 1.596-14/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, que alterou a redação do art. 86, § 3º, da Lei 8.213/1991, o que não ocorre no caso. Embora a aposentadoria tenha sido concedida antes de 11.11.1997, a lesão se tornou incapacitante após o marco legal fixado.

Merece reforma, portanto, a decisão do Tribunal *a quo* para que seja indeferida a concessão do benefício de auxílio-acidente.

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial.*

É como *voto.*



Súmula n. 508

SÚMULA N. 508

A isenção da Cofins concedida pelo art. 6º, II, da LC n. 70/1991 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais foi revogada pelo art. 56 da Lei n. 9.430/1996.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LC n. 70/1991, art. 6º, II.

Lei n. 9.430/1996, art. 56.

Precedentes:

(*)REsp 826.428-MG (1ª S, 09.06.2010 – DJe 1º.07.2010) –
acórdão publicado na íntegra

(*)EDcl no REsp 826.428-MG (1ª S, 13.10.2010 – DJe 03.11.2010) –
acórdão publicado na íntegra

AgRg no Ag 1.177.919-SP (1ª T, 09.11.2010 – DJe 17.12.2010)

AgRg no Ag 1.303.150-DF (1ª T, 04.08.2011 – DJe 09.08.2011)

AgRg no Ag 1.375.795-RJ (1ª T, 16.08.2011 – DJe 19.08.2011)

AgRg no REsp 1.146.389-SC (2ª T, 19.08.2010 – DJe 28.09.2010)

AgRg nos
EDcl no Ag 1.431.224-SP (1ª T, 04.04.2013 – DJe 10.04.2013)

AgRg nos
EDcl no REsp 1.139.549-SP (2ª T, 22.06.2010 – DJe 06.08.2010)

REsp 450.187-RS (2ª T, 12.04.2012 – DJe 07.05.2012)

REsp 1.308.894-SP (2ª T, 17.04.2012 – DJe 25.04.2012)

(*) Recursos repetitivos.

Primeira Seção, em 26.3.2014

DJe 31.3.2014

RECURSO ESPECIAL N. 826.428-MG (2006/0038332-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: CIAP Citologia e Anatomia Patológica Ltda

Advogado: Hugo do Carmo Ribeiro e outro(s)

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Iara Antunes Vianna e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91. REVOGAÇÃO PELO ARTIGO 56, DA LEI 9.430/96. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA REVOGADORA RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 377.457/PR E RE 381.964/MG). REAFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO EXARADO NO ÂMBITO DA ADC 1/DF.

1. A isenção da COFINS, prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, restou validamente revogada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96 (Precedentes do Supremo Tribunal Federal submetidos ao rito do artigo 543-B, do CPC: RE 377.457 e RE 381.964, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2008, Repercussão Geral - Mérito, DJe-241 DIVULG 18.12.2008 PUBLIC 19.12.2008).

2. Isto porque:

“... especificamente sobre a COFINS e a sua disciplina pela Lei Complementar 70, de 1991, a decisão proferida na ADC 1 (Rel. Moreira Alves, DJ 16.06.95), independentemente de qualquer possível controvérsia em torno da aplicação

dos efeitos do § 2º, do art. 102 à totalidade dos fundamentos determinantes ali proclamados ou exclusivamente à sua parte dispositiva (objeto específico da Rcl 2.475, Rel. Min. Carlos Velloso, em curso no Pleno), foi inequívoca ao reconhecer:

a) de um lado, a prevalência na Corte das duas linhas jurisprudenciais anteriormente referidas (distinção constitucional material, e não hierárquica-formal, entre lei complementar e lei ordinária, e inexigibilidade de lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional); e

b) de outro lado, que, precisamente pelas razões anteriormente referidas, a Lei Complementar 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária.

Ora, as razões anteriormente expostas são suficientes a indicar que, contrariamente ao defendido pela recorrente, o tema do conflito aparente entre o art. 56, da Lei 9.430/96, e o art. 6º, II, da LC 70/91, não se resolve por critérios hierárquicos, mas, sim, por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele conflito é sim uma questão diretamente constitucional.

Assim, verifica-se que o art. 56, da Lei 9.430/96, é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (art. 146, III, 'b', a contrario sensu, e art. 150, § 6º, ambos da CF), que importou na revogação de dispositivo anteriormente vigente (sobre isenção da contribuição social), inserto em norma materialmente ordinária (artigo 6º, II, da LC 70/91).

Conseqüentemente, não existe, na hipótese, qualquer instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social, a exigir a intervenção de legislação complementar, nos termos do art. 195, § 4º, da CF." (RE 377.457/PR).

3. Destarte, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incide sobre o faturamento das sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, de que trata o artigo 1º, do Decreto-Lei 2.397/87, tendo em vista a validade da revogação da isenção prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91 (lei materialmente ordinária), perpetrada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96.

4. Outrossim, impende ressaltar que o Plenário da Excelsa Corte, tendo em vista o disposto no artigo 27, da Lei 9.868/99, rejeitou o pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário 377.457/PR.

5. Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que

proclamou a constitucionalidade da norma jurídica em tela (artigo 56, da Lei 9.430/94), como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da *Common Law* e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso *sub examine*.

6. Recurso especial desprovido, mantendo-se a decisão recorrida, por fundamentos diversos. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de junho de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 1º.7.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por CITOLOGIA E ANATOMIA PATOLÓGICA LTDA. - CIAP, com fulcro nas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

“TRIBUTÁRIO – COFINS – SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – QUADRO SOCIETÁRIO INTEGRADO TAMBÉM POR EXERCENTE DE PROFISSÃO NÃO REGULAMENTADA OU DE PROFISSÃO REGULAMENTADA NÃO AFIM AO SEU OBJETO SOCIAL – ISENÇÃO PREVISTA NA LC N. 70/91: SÚMULA N. 276/STJ.

1. A sociedade civil integrada por sócio que não seja profissional de profissão regulamentada em área afim ao seu objeto social, embora registrada em Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não é destinatária da isenção do art. 6º, II, da LC

n. 70/91 nem abrigada pela SÚMULA n. 276/ STJ (REsp n. 663.370/CE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T2, ac. un., DJ 03/11/2004, p. 198)

2. *CIAP - Citologia e Anatomia Patológica Ltda., sociedade prestadora de serviços de exames laboratoriais na área de anatomia, patologia e citologia constituída por médica e, também, por comerciante (profissão não regulamentada).*

3. *"(...) a disposição contida no artigo 56 da Lei n. 9.430, de 27.12.96, não detém a virtude de revogar a isenção da COFINS conferida pela Lei Complementar n. 70/91 às sociedades civis de profissão regulamentada, sob pena de se desconsiderar potencialidade hierarquicamente superior da lei complementar frente à lei ordinária" (STJ, AGREsp 575.037/SP, T2, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, ac. un., DJ 24/11/2003, PG:00298).*

4. *"As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado" (SÚMULA 276 do STJ).*

5. *Laboratório São Marcos Ltda., sociedade integrada apenas por profissionais (farmacêuticos bioquímicos) de profissões regulamentadas, registrada em Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.*

6. *Apelação de CIAP - Citologia e Anatomia Patológica Ltda. não provida. Apelação de Laboratório São Marcos Ltda. provida: segurança concedida.*

7. *Peças liberadas pelo Relator em 15/03/2005 para publicação do acórdão."*

Noticiam os autos que CITOLOGIA E ANATOMIA PATOLÓGICA LTDA. - CIAP e LABORATÓRIO SÃO MARCOS LTDA., sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentadas, impetraram mandado de segurança, em 25.07.2003, em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM DIVINÓPOLIS - MG, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-obrigacional com a União, relativamente à COFINS, incidente sobre o resultado das impetrantes, reconhecendo-se a inconstitucionalidade/ilegalidade da revogação da isenção (prevista na Lei Complementar 70/91) nos moldes em que fixada pela Lei 9.430/96. Em síntese, alegaram que a revogação da isenção por meio de lei ordinária fere o princípio da hierarquia das leis, já que a lei ordinária encontra-se subordinada à lei complementar, e que o STJ emitiu enunciado corroborando a tese apresentada (Súmula 276).

Sobreveio sentença que denegou a segurança, por considerar *"firme a presunção de constitucionalidade que milita em favor da revogação da isenção prevista no art. 56, da Lei 9.430/96"*.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação do Laboratório São Marcos Ltda. e negou provimento ao recurso da CIAP, nos termos da ementa

inicialmente reproduzida. No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

“A impetrante CIAP - Citologia e Anatomia Patológica LTDA., embora sociedade prestadora de serviços de exames laboratoriais na área de anatomia, patologia e citologia, registrada desde 30 MAR 1995 no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Divinópolis-MG, constituída por 1 (uma) sócia médica, é também integrada por pessoa física que não é profissional da área afim ao seu objeto social: ANDRÉA DÓRIA DA MATA é comerciante.

*O art. 6º, II, da LC n. 70/91 prevê a isenção das sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 DEZ 1987, que textualiza: “...**sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.**” (grifei)*

A recente jurisprudência do STJ orienta no sentido da necessidade de observar-se se o sócio tem habilitação legal para exercer a atividade do objeto social da empresa, o que, evidentemente, não é o caso, porque a prestação dos serviços de profissão regulamentada é restrita ao profissional da área: (REsp n. 663.370/CE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T2, ac. un., DJ 03/11/2004, p. 198).

Razão não assiste à impetrante CIAP - Citologia e Anatomia Patológica LTDA, portanto.

A impetrante Laboratório São Marcos Ltda. é sociedade civil constituída somente por farmacêuticos bioquímicos (profissão regulamentada) para prestação de serviços laboratoriais de análises clínicas, registrada em Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (f. 23-v) [REsp n. 663.370/CE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T2, ac. un., DJ 03/11/2004, p. 198].

A SÚMULA n. 276 do STJ, publicada no DJ de 02 JUN 2003, p. 365, dispõe: ‘As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.’

A SÚMULA 276/STJ foi aprovada já na vigência da Lei n. 9.430/96, v.g.:

‘(...)COFINS - SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - ISENÇÃO RECONHECIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 (ART. 6º, II) - REVOGAÇÃO PELA LEI ORDINÁRIA N. 9.430/96 - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA N. 276.

Permitir-se que uma fonte formal de menor bitola possa revogar a dispensa do pagamento da COFINS, conferida por lei complementar, resulta em desconsiderar a potencialidade hierarquicamente superior da lei complementar frente à lei ordinária. Nessa linha de raciocínio, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ancorado no magistério dos mestres Miguel Reale e Pontes de Miranda, elucida que “é princípio geral de direito que,

ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma” (cf. “Curso de Direito Constitucional”, 18ª ed., Ed. Saraiva, p. 184). **“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”** (Súmula n. 276/STJ).’ (grifei) (STJ, EREsp 354.012/SC, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, S1, ac. un., DJ 15/03/2004, p. 147)

(...) COFINS - SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - (...) - ISENÇÃO RECONHECIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 (ART. 6º, II) - REVOGAÇÃO PELA LEI ORDINÁRIA N. 9.430/96 - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA N. 276 - (...).

.....
 (...) “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado” (Súmula n. 276/STJ).

Na assentada de 09 de outubro de 2003, a egrégia Primeira Seção, ao julgar o Recurso Especial 382.736/SC, relator para acórdão o eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, manteve o entendimento ora esposado ao decidir pela manutenção da referida Súmula.

.....’ (STJ, REsp 495.564/PE, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, T2, ac. un., DJ 05/05/2004, p. 168).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação de CIAP - Citologia e Anatomia Patológica LTDA. DOU PROVIMENTO à apelação de Laboratório São Marcos Ltda. para, reformando a sentença, CONCEDER a segurança.

Custas proporcionais pela impetrante CIAP - Citologia e Anatomia Patológica LTDA. e custas em ressarcimento em relação às pagas pelo Laboratório São Marcos Ltda. Honorários incabíveis (Súmulas n. 512/STF e n. 105/STJ).”

Opostos embargos de declaração por ambas as partes: (i) CIAP alegando a existência de contradição no julgado, “porque o acórdão teria ‘criado’ nova condição para gozo da isenção, não prevista na legislação de regência”; e (ii) a Fazenda Nacional pugnando pela existência de omissão, uma vez que o acórdão regional não teria se manifestado sobre diversos preceitos constitucionais. Aduz ainda que a isenção restou validamente revogada pela Lei 9.430/96.

O Juízo *a quo* rejeitou ambos os embargos de declaração, pelos seguintes fundamentos:

“I – Embargos de declaração do particular:

Só a sociedade integrada por profissionais de profissão regulamentada e afim com o seu objeto social está albergada pela SÚMULA n. 276 do STJ. Prestação de

serviços de análise clínica (no caso) é atividade de todo estranha a (no caso) sócio “comerciante” (profissão, aliás, não regulamentada).

II – Embargos de declaração da FN:

A parte não pode invocar o que quiser e como quiser, dando-lhe o nome que lhe aprouver: suposta “violação” ou “infringência” a preceito legal ou constitucional não é omissão nem contradição, não ensejando embargos de declaração. “Infringência” ou “erro de julgamento” não se resolvem nesta sede, mas em recurso próprio.

Violação não é sinônimo de omissão e não enseja embargos de declaração.

No mais – observação que vale para ambas as embargantes -, como o julgado tomou como fundamento jurisprudência produzida pelo STJ acerca da matéria, as eventuais críticas a ela devem ser dirigidas àquela Corte, que a produziu.”

Nas razões do especial, sustenta a recorrente que o acórdão hostilizado incorreu em negativa de vigência do artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, segundo o qual são isentas da COFINS as sociedades civis de que trata o artigo 1º, do Decreto-Lei 2.397/87 (“*sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos aos exercícios de profissão legalmente regulamentada, registrados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País*”). De acordo com a recorrente, “*ao decidir o Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, além dos requisitos acima descritos*” (sociedade constituída exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no Brasil, que tenha por objetivo a prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, e registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas), “*necessários à concessão do benefício da isenção, seria necessário que o quadro societário da empresa fosse composto somente por profissionais legalmente habilitados ao exercício do seu objeto social, temos que esse decisum viola o próprio art. 6º, da LC 70/91, bem como o art. 1º, do Decreto-Lei 2.397/87*”. Acrescenta que, “*em relação à possibilidade ou não da Lei 9.430/96 ser apta a revogar a isenção conferida pela Lei Complementar 70/91, temos que não cabem maiores comentários a respeito, tendo em vista a Súmula 276/STJ*”. Ao final, traz aresto do STJ para confronto, no sentido de que:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. LC N. 70/91. LEI N. 9.430/96. DL N. 2.397/87. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 276/STJ. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEIS N. 8.383/1991, 9.430/1996 E LEI N. 10.637/2002. DECRETO N. 2.138/1997. ART. 21 DA IN/

SRF N. 210/2002. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. ART. 161, § 1º, DO CTN. TAXA SELIC. LEI N. 9.250/95. TERMO A QUO DE SUA INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM PERÍODOS DIVERSOS DE OUTROS ÍNDICES. PRECEDENTES.

1. A Lei Complementar n. 70/91, de 30/12/1991, em seu art. 6º, II, isentou, expressamente, da contribuição da COFINS, as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 22/12/1987, sem exigir qualquer outra condição senão as decorrentes da natureza jurídica das mencionadas entidades. Em consequência da mensagem concessiva de isenção contida no art. 6º, II, da LC n. 70/91, fixa-se o entendimento de que a interpretação do referido comando posto em Lei Complementar, conseqüentemente, com potencialidade hierárquica em patamar superior à legislação ordinária, revela que serão abrangidas pela isenção da COFINS as sociedades civis que, cumulativamente, apresentem os seguintes requisitos: - sejam sociedades constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no Brasil; - tenham por objetivo a prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada; e - estejam registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

2. Outra condição não foi considerada pela Lei Complementar, no seu art. 6º, II, para o gozo da isenção, especialmente, o tipo de regime tributário adotado para fins de incidência ou não de Imposto de Renda. Posto tal panorama, não há suporte jurídico para se acolher a tese da Fazenda Nacional de que há, também, ao lado dos requisitos acima elencados, um último, o do tipo de regime tributário adotado pela sociedade. A Lei Complementar não faz tal exigência, pelo que não cabe ao intérprete criá-la.

3. É irrelevante o fato de a recorrente ter optado pela tributação dos seus resultados com base no lucro presumido, conforme lhe permite o art. 71 da Lei n. 8.383/91 e os arts. 1º e 2º da Lei n. 8.541/92. Essa opção terá reflexos para fins de pagamento do IR. Não afeta, porém, a isenção concedida pelo art. 6º, II, da LC n. 70/91, visto que esta não colocou como pressuposto para o gozo da isenção o tipo de regime tributário seguido pela sociedade civil.

4. A revogação da isenção pela Lei n. 9.430/96 fere, frontalmente, o princípio da hierarquia das leis, visto que tal revogação só poderia ter sido veiculada por outra lei complementar.

5. Aplicação da Súmula n. 276/STJ, a qual dispõe "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas de Cofins, irrelevante o regime tributário adotado".

6. No curso de recurso especial não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais. Ao STJ compete, unicamente, unificar o direito ordinário federal, em face de imposição da Carta Magna. Na via extraordinária é que se desenvolvem a interpretação e a aplicação de princípios constantes no nosso Diploma Maior. A relevância de tais questões ficou reservada, apenas, para o colendo

STF. Não pratica, pois, omissão o acórdão que silencia sobre alegações da parte no tocante à ofensa ou não de regra posta na Lei Maior.

7. Na espécie, o pedido de compensação foi formulado após a vigência das Leis n. 9.430/1996 e 10.637/2002, que autorizaram a compensação com quaisquer tributos e contribuições como pretende a parte autora. É possível, pois, ser realizada a compensação com tributos de espécies diferentes.

8. A correção monetária não se constitui em um plus; não é uma penalidade, sendo, apenas, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação, independe de culpa das partes. Pacífico neste Tribunal que é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos (Planos Bresser, Verão, Collor I e II), como fatores de atualização monetária de débitos judiciais. Esta Corte adota o princípio de aplicar, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. Para tal propósito, aplica-se o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

9. Aplicação dos índices de correção monetária da seguinte forma: a) pelo IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro de 1989 e março/1990 a fevereiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei n. 8.177/91, o INPC (até dezembro/1991); e c) só a partir de janeiro/1992, a UFIR, nos moldes da Lei n. 8.383/91. A correção monetária dos períodos que não estejam incluídos nos explicitados deverá ser procedida conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

10. Adota-se, a partir de 1º.01.1996, na compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. A aplicação dos juros, in casu, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida Taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescer ao texto legal condição nela inexistente.

11 A referida Taxa é aplicada em períodos diversos dos demais índices de correção monetária, como IPC/INPC e UFIR. Juros de mora aplicados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir do trânsito em julgado da decisão; após, juros pela taxa SELIC a partir da instituição da Lei n. 9.250/95, ou seja, 01/01/1996. Entretanto, frise-se que não é a mesma cumulada com quaisquer outros índices de correção monetária.

12. Precedentes desta Corte Superior.

13. Agravo regimental da Fazenda Nacional não provido e da empresa provido.” (AgRg no REsp 717.785/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 256)

A Fazenda Nacional interpôs recurso extraordinário em face do acórdão regional (o qual restou admitido na origem), pugnando, entre outros, pela “possibilidade da Lei 9.430/96 revogar a isenção estabelecida no artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/91, ante o suposto princípio da hierarquia das leis”.

Apresentadas contra-razões ao apelo extremo, que recebeu crivo positivo na instância ordinária.

Em 18.02.2010, o presente recurso especial foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção desta Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução n. 08, de 07.08.2008, do STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso ou por seu desprovemento, nos termos da seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXAMES LABORATORIAIS. SÓCIO QUE EXERCE PROFISSÃO NÃO REGULAMENTADA OU ALHEIA AO OBJETO SOCIAL (COMERCIANTE). NÃO OCORRÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES À ISENÇÃO DO TRIBUTO. SÚMULA 126/STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO OU PELO SEU DESPROVIMENTO.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada.

Cinge-se a controvérsia a subsistência da isenção da COFINS incidente sobre o faturamento/receita das sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada, prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, tendo em vista a revogação perpetrada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, consolidou a tese de que a isenção da COFINS, prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, restou validamente revogada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96:

“Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão

regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento." (RE 377.457, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2008, Repercussão Geral - Mérito DJe-241 DIVULG 18.12.2008 PUBLIC 19.12.2008)

No voto-condutor exarado pelo e. Ministro Gilmar Mendes, restou assente que:

"... especificamente sobre a COFINS e a sua disciplina pela Lei Complementar 70, de 1991, a decisão proferida na ADC 1 (Rel. Moreira Alves, DJ 16.06.95), independentemente de qualquer possível controvérsia em torno da aplicação dos efeitos do § 2º, do art. 102 à totalidade dos fundamentos determinantes ali proclamados ou exclusivamente à sua parte dispositiva (objeto específico da RCI 2.475, Rel. Min. Carlos Velloso, em curso no Pleno), foi inequívoca ao reconhecer:

a) de um lado, a prevalência na Corte das duas linhas jurisprudenciais anteriormente referidas (distinção constitucional material, e não hierárquica-formal, entre lei complementar e lei ordinária, e inexigibilidade de lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional); e

b) de outro lado, que, precisamente pelas razões anteriormente referidas, a Lei Complementar 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária.

Ora, as razões anteriormente expostas são suficientes a indicar que, contrariamente ao defendido pela recorrente, o tema do conflito aparente entre o art. 56, da Lei 9.430/96, e o art. 6º, II, da LC 70/91, não se resolve por critérios hierárquicos, mas, sim, por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele conflito é sim uma questão diretamente constitucional.

Assim, verifica-se que o art. 56, da Lei 9.430/96, é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (art. 146, III, 'b', a contrario sensu, e art. 150, § 6º, ambos da CF), que importou na revogação de dispositivo anteriormente vigente (sobre isenção da contribuição social), inserto em norma materialmente ordinária (artigo 6º, II, da LC 70/91).

Conseqüentemente, não existe, na hipótese, qualquer instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social, a exigir a intervenção de legislação complementar, nos termos do art. 195, § 4º, da CF." (RE 377.457/PR).

Destarte, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incide sobre o faturamento das sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, de que trata o artigo 1º, do Decreto-Lei 2.397/87, tendo em vista a validade da revogação da isenção prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91 (lei materialmente ordinária), perpetrada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96.

Outrossim, impende ressaltar que o Plenário da Excelsa Corte, tendo em vista o disposto no artigo 27, da Lei 9.868/99, rejeitou o pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário 377.457/PR.

Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que proclamou a constitucionalidade da norma jurídica em tela (artigo 56, da Lei 9.430/96), como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da *Common Law* e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso *sub examine*.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL**, mantendo a decisão recorrida, por fundamentos diversos.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ 08/2008).

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 826.428-MG
(2006/0038332-2)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Embargante: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Embargado: CIAP Citologia e Anatomia Patológica Ltda

Advogado: Hugo do Carmo Ribeiro e outro(s)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91. REVOGAÇÃO PELO ARTIGO 56, DA LEI 9.430/96. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA REVOGADORA RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 377.457/PR E RE 381.964/MG). REAFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO EXARADO NO ÂMBITO DA ADC 1/DF). ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, no acórdão ou sentença, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do artigo 535, I e II, do CPC, e para correção de erro material.

2. *In casu*, cuida-se de processo eletrônico, em relação ao qual a Seção de Digitalização olvidou-se de elencar, no rol de peças principais, a petição de recurso especial da Fazenda Nacional (e respectiva decisão de inadmissibilidade na origem), cujo exame restou admitido por força do provimento do Agravo de Instrumento 752.270/MG, o que culminou no equívoco do exclusivo julgamento do recurso especial da empresa.

3. Destarte, impõe-se o exame do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, que pugnou pela tese de que a isenção da COFINS, prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, restou validamente revogada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96, que teria sido contrariado pelo acórdão regional.

4. A decisão especialmente recorrida negou provimento à apelação de CIAP - Citologia e Anatomia Patológica Ltda. (cujo recurso especial restou desprovido), ao fundamento de que a aludida empresa não configurava sociedade civil de prestação de serviço profissional relativo ao exercício de profissão legalmente regulamentada (nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 2.397/87). Por outro lado, o Tribunal de origem deu provimento à apelação de Laboratório São Marcos Ltda., concedendo-lhe a segurança, sob o fundamento de que

a disposição contida no artigo 56, da Lei 9.430/96, não detém a virtude de revogar a isenção da COFINS conferida pela Lei Complementar 70/91.

5. Deveras, a encampação, pela Primeira Seção, da tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade do artigo 56, da Lei 9.430/96, importa na reforma do acórdão regional na parte em que concedida a segurança ao Laboratório São Marcos Ltda., por força do provimento do recurso especial fazendário.

5. Embargos de declaração acolhidos para, sanando o erro material constatado, determinar a alteração do dispositivo da decisão embargada, que passa a ostentar o seguinte teor: “Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA para reformar em parte o acórdão regional e denegar a segurança *in totum*”. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Martins.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 3.11.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de embargos de declaração opostos pela FAZENDA NACIONAL em face de acórdão de minha relatoria, proferido em

sede de recurso especial representativo de controvérsia, cuja ementa restou assim vazada:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91. REVOGAÇÃO PELO ARTIGO 56, DA LEI 9.430/96. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA REVOGADORA RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 377.457/PR E RE 381.964/MG). REAFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO EXARADO NO ÂMBITO DA ADC 1/DF.

1. A isenção da COFINS, prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, restou validamente revogada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96 (Precedentes do Supremo Tribunal Federal submetidos ao rito do artigo 543-B, do CPC: RE 377.457 e RE 381.964, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2008, Repercussão Geral - Mérito, DJe-241 DIVULG 18.12.2008 PUBLIC 19.12.2008).

2. Isto porque:

“... especificamente sobre a COFINS e a sua disciplina pela Lei Complementar 70, de 1991, a decisão proferida na ADC 1 (Rel. Moreira Alves, DJ 16.06.95), independentemente de qualquer possível controvérsia em torno da aplicação dos efeitos do § 2º, do art. 102 à totalidade dos fundamentos determinantes ali proclamados ou exclusivamente à sua parte dispositiva (objeto específico da Rcl 2.475, Rel. Min. Carlos Velloso, em curso no Pleno), foi inequívoca ao reconhecer:

a) de um lado, a prevalência na Corte das duas linhas jurisprudenciais anteriormente referidas (distinção constitucional material, e não hierárquica-formal, entre lei complementar e lei ordinária, e inexigibilidade de lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional); e

b) de outro lado, que, precisamente pelas razões anteriormente referidas, a Lei Complementar 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária.

Ora, as razões anteriormente expostas são suficientes a indicar que, contrariamente ao defendido pela recorrente, o tema do conflito aparente entre o art. 56, da Lei 9.430/96, e o art. 6º, II, da LC 70/91, não se resolve por critérios hierárquicos, mas, sim, por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele conflito é sim uma questão diretamente constitucional.

Assim, verifica-se que o art. 56, da Lei 9.430/96, é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (art. 146, III, 'b', a contrario sensu, e art. 150, § 6º, ambos da CF), que importou na revogação de dispositivo anteriormente vigente (sobre isenção da contribuição social), inserto em norma materialmente ordinária (artigo 6º, II, da LC 70/91).

Conseqüentemente, não existe, na hipótese, qualquer instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social, a exigir a intervenção de legislação complementar, nos termos do art. 195, § 4º, da CF.” (RE 377.457/PR).

3. Destarte, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incide sobre o faturamento das sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, de que trata o artigo 1º, do Decreto-Lei 2.397/87, tendo em vista a validade da revogação da isenção prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91 (lei materialmente ordinária), perpetrada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96.

4. Outrossim, impende ressaltar que o Plenário da Excelsa Corte, tendo em vista o disposto no artigo 27, da Lei 9.868/99, rejeitou o pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário 377.457/PR.

5. Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que proclamou a constitucionalidade da norma jurídica em tela (artigo 56, da Lei 9.430/94), como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso sub examine.

6. Recurso especial desprovido, mantendo-se a decisão recorrida, por fundamentos diversos. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

Aponta a embargante erro material no julgado embargado, uma vez que:

“... a ementa e o relatório do acórdão trazem como referência apenas o recurso especial interposto pela empresa, que diz respeito, tão somente, ao seu não enquadramento como sociedade civil de prestação de serviços profissionais de profissão legalmente regulamentada.

Bem assim, na conclusão do acórdão constou que foi negado provimento ao recurso da empresa, quando deveria ter constado que foi dado provimento ao recurso da Fazenda Nacional.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, no acórdão ou sentença, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do artigo 535, I e II, do CPC, e para correção de erro material.

In casu, cuida-se de processo eletrônico, em relação ao qual a Seção de Digitalização olvidou-se de elencar a petição de recurso especial da Fazenda

Nacional (e respectiva decisão de inadmissibilidade na origem), cujo exame restou admitido por força do provimento do Agravo de Instrumento 752.270/MG, o que culminou no equívoco do exclusivo julgamento do recurso especial da empresa.

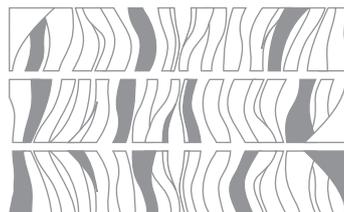
Destarte, impõe-se o exame do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, que pugnou pela tese de que a isenção da COFINS, prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91, restou validamente revogada pelo artigo 56, da Lei 9.430/96, que teria sido contrariado pelo acórdão regional.

A decisão especialmente recorrida negou provimento à apelação de CIAP - Citologia e Anatomia Patológica Ltda. (cujo recurso especial restou desprovido), ao fundamento de que a aludida empresa não configurava sociedade civil de prestação de serviço profissional relativo ao exercício de profissão legalmente regulamentada (nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 2.397/87). Por outro lado, o Tribunal de origem deu provimento à apelação de Laboratório São Marcos Ltda., concedendo-lhe a segurança, sob o fundamento de que a disposição contida no artigo 56, da Lei 9.430/96, não detém a virtude de revogar a isenção da COFINS conferida pela Lei Complementar 70/91.

Deveras, a encampação, pela Primeira Seção, da tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade do artigo 56, da Lei 9.430/96, importa na reforma do acórdão regional na parte em que concedida a segurança ao Laboratório São Marcos Ltda., por força do provimento do recurso especial fazendário.

Ex positis, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para, sanando o erro material constatado, determinar a alteração do dispositivo da decisão embargada, que passa a ostentar o seguinte teor: “Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA para reformar em parte o acórdão regional e denegar a segurança *in totum*”.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ 08/2008).



Súmula n. 509

SÚMULA N. 509

É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

Referências:

LC n. 87/1996, art. 23.

CTN, art. 136.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

**(*)REsp 1.148.444-MG (1ª S, 14.04.2010 – DJe 27.04.2010) –
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no Ag 1.239.942-SP (1ª T, 1º.09.2011 – DJe 09.09.2011)

AgRg no AREsp 80.470-SP (2ª T, 12.06.2012 – DJe 26.06.2012)

AgRg no AREsp 91.004-SP (2ª T, 16.02.2012 – DJe 27.02.2012)

AgRg no REsp 1.218.780-SP (1ª T, 03.09.2013 – DJe 23.09.2013)

AgRg no REsp 1.228.786-SP (2ª T, 21.08.2012 – DJe 29.08.2012)

AgRg nos

EDcl no AREsp 102.473-SP (1ª T, 26.06.2012 – DJe 02.08.2012)

REsp 1.201.929-SP (2ª T, 22.02.2011 – DJe 04.03.2011)

REsp 1.215.222-SP (1ª T, 18.10.2011 – DJe 11.11.2011)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 26.3.2014

DJe 31.3.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.148.444-MG (2009/0014382-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Gleide Lara Meirelles Santana e outro(s)

Recorrido: Asa Distribuidora e Representações Comerciais Ltda

Advogado: Nilton Machado Junior e outro(s)

Interes.: Federação do Comércio de Bens Serviços e Turismo do Estado de São Paulo FECOMÉRCIO - “Amicus Curiae”

Interes.: Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal Perfumaria e Comésticos - ABIHPEC - “Amicus Curiae”

Advogada: Simone Campetti Amaral

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: *EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR*, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; *REsp 737.135/MG*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; *REsp 623.335/PR*, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; *REsp 246.134/MG*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; *REsp 556.850/MG*, Rel. Ministra Eliana

Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; *REsp* 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; *REsp* 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; *REsp* 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e *REsp* 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual *“salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”* (norma aplicável, *in casu*, ao alienante).

3. *In casu*, o Tribunal de origem consignou que:

“(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes.”

4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS.

5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos *ex tunc*, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Nabil El Bizri, pelo recorrente e Daniel Lacasa Maya, pelos interessados.

Brasília (DF), 14 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 27.4.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, com fulcro na alínea “a”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, cuja ementa restou assim vazada:

“TRIBUTÁRIO - ICMS - DECLARAÇÃO - INIDÔNEAS OU FALSAS - CONTRIBUINTE - BOA-FÉ - PRESUMÍVEL - APROVEITAMENTO.

1- Não se discute a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas ou falsas, mas sim a legitimidade dos valores destacados.

2- Contribuinte de boa-fé não pode ser penalizado com o impedimento ao aproveitamento dos créditos decorrentes.

3- Rejeitar a preliminar e, em reexame necessário, reformar parcialmente a sentença, prejudicado o recurso voluntário.”

Noticiam os autos que o ASA DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA. impetrou mandado de segurança contra suposto ato abusivo praticado pelo CHEFE DA SECRETARIA DA RECEITA ESTADUAL DE MINAS GERAIS, consubstanciado em sua autuação (Auto de Infração n. 1.000148292-56),

referente ao período de janeiro de 1999 a agosto de 2004, por deixar de recolher ou recolher a menor o ICMS em razão do aproveitamento supostamente indevido de créditos do aludido imposto provenientes de notas fiscais formalmente declaradas inidôneas, conforme atos declaratórios. Na inicial, afirmou que cumprira todos os requisitos legais para o aproveitamento dos créditos de ICMS, até porque, naquela época, as empresas vendedoras eram tidas como idôneas perante terceiros. Assinalou ainda que *“a mera declaração (posterior) de inidoneidade documental não constitui razão suficiente e capaz de prejudicar o exercício ao creditamento do ICMS, sobretudo, porque não está previsto dentre as exceções da regra da não-cumulatividade, expostas pelo art. 155, par. 2, II, “a” e “b” da CF/88”*.

Sobreveio sentença que concedeu a ordem para *“para declarar ilegal o auto de infração n. 01.000148292.56 bem como a certidão da dívida ativa correspondente desconstituindo a mesma e a multa aplicada pelo valor de R\$1.597.352,07 (um milhão, quinhentos e noventa e sete mil, trezentos e cinqüenta e dois reais e sete centavos) à empresa impetrante”*.

Em sede de reexame oficial e apelação interposta pela Fazenda Pública Estadual, o Tribunal de origem rejeitou a preliminar de ausência de direito líquido e certo e de comprovação do ato ilegal ou abusivo praticado pela autoridade apontada como coatora. No mérito, o Tribunal de Justiça Estadual reformou em parte a sentença, julgando prejudicado o recurso voluntário fazendário, nos termos da ementa anteriormente transcrita. Vencido o Desembargador Relator, restou assente, no voto-condutor do acórdão recorrido, que:

“Primeiramente, quanto às notas fiscais de n. 010703, 010813, 011200, 011396, 011523, 011685, todas emitidas por Dea Comércio e Representações Ltda., vejo que o ato de declaração de inidoneidade foi publicado em 31/03/1999 (f. 282), sendo que as notas foram emitidas, respectivamente, em 27/03/2002, 11/04/2002, 19/06/2002, 25/07/2002, 22/08/2002 e 24/09/2002, após, portanto, a publicação dos referidos atos. Quanto a estas operações, portanto, não há falar em direito da impetrante, ora apelada, de aproveitamento dos créditos de ICMS, por já ser público, quando da realização das operações, que a empresa vendedora não estava regular perante a Fazenda Estadual.

No mais, divirjo do em. Relator, na matéria fática, porque os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos,

comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes. Veja-se o que consta de acórdão do Conselho de Contribuintes (f. 231):

'Também o fisco volta a ser manifestar às fls. 475/476, onde afirma:

'Que os documentos anexados, ainda que sejam provas de pagamento das notas fiscais declaradas inidôneas, não tem o condão de alterar o feito fiscal, haja vista que não se discute a efetividade das operações e sim a inidoneidade dos créditos aproveitados.'

E ainda (f. 232/233):

'O procedimento fiscal encontra-se respaldado no artigo 70, inciso V, RICMS/MG. Não foram carreados aos autos quaisquer comprovantes de pagamento do imposto devido pelo emitente, na forma prevista no citado inciso V do art. 70 do RICMS/MG. Cumpre destacar que a comprovação do pagamento das operações por parte da Impugnante, não supre a condição mencionada.

Não se discute ainda a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas ou falsas, mas sim a legitimidade do aproveitamento dos valores destacados. Nesse sentido, irrelevante o fato da efetiva ocorrência das operações (...)' (grifos deste voto).

Assim, pode-se concluir que a impetrante, ora apelada, é contribuinte de boa fé, por ser presumível, dos documentos juntados aos autos, que as operações efetivamente ocorreram, com o pagamento do preço às empresas vendedoras, não devendo o contribuinte de boa fé ser penalizado com o impedimento ao aproveitamento dos respectivos créditos, razão por que entendo dever ser mantida a sentença, em sua maior parte.

Em face do exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para manter as exigências fiscais relativas às notas fiscais n. 010703, 010813, 011200, 011396, 011523, 011685, emitidas por Dea Comércio e Representações Ltda., mantida a sentença no restante."

O ESTADO DE MINAS GERAIS opôs embargos de declaração, pleiteando manifestação do Tribunal de origem acerca do artigo 23, da Lei Complementar 87/96, que "condiciona o aproveitamento do crédito fiscal à idoneidade da nota fiscal, o que revela ofensa desta norma federal".

O Tribunal de origem rejeitou os embargos de declaração, por considerar inexistentes quaisquer dos vícios enumerados no artigo 535, do CPC. Na oportunidade, assinalou o desembargador relator que:

"O acórdão deixou claro que o crédito de ICMS em relação a parte das notas fiscais é aproveitável porque os atos de declaração de inidoneidade foram

publicados posteriormente à realização das operações, tendo as notas aparência de regularidade, destaque do imposto, escrituração no livro de registro de entradas, havendo prova de pagamento. Neste sentido, não há falar em omissão, porquanto a matéria foi apreciada suficientemente, não podendo a embargante alegar omissão se não requereu o exame de determinado dispositivo de lei especificamente no recurso de apelação.”

Nas razões do recurso especial, sustenta o ESTADO DE MINAS GERAIS que o acórdão hostilizado incorreu em violação do artigo 23, da Lei Complementar 87/96, pelos seguintes fundamentos:

“Quanto à publicação do Ato Declaratório de Inidoneidade das Notas Fiscais após a realização das operações, não pode prevalecer o entendimento do r. acórdão, eis que, todo ATO DECLARATÓRIO de inidoneidade ou falsidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo, portanto, um ato dotado de preexistência.

Impende salientar que a publicação do Ato Declaratório de Inidoneidade é precedida de procedimento próprio, consistente na realização de diligências especialmente efetuadas com o objetivo de investigar a real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas. Assim sendo, o processo que chega a conclusão de que determinado documento é inidôneo demanda tempo considerável, razão (ilegível) após a verificação das supostas operações. Mesmo porque, o Fisco só pode tomar conhecimento da prática de ação inidônea do contribuinte no momento em que está sendo praticada ou depois. De qualquer maneira, o reconhecimento formal da inidoneidade da nota fiscal só pode ocorrer depois do fato, quer dizer, quando o Fisco constate a fraude.

Por isto, os efeitos da declaração de inidoneidade são ex tunc, ou seja, retroagem no tempo, posto que não é o ato em si que gera a inidoneidade do documento fiscal. Como o próprio nome diz, a declaração de inidoneidade apenas declara que a nota fiscal é inidônea, uma vez que a inidoneidade em si é um fato preexistente.

Sendo o documento viciado, obviamente não pode gerar efeitos tributários, subsistindo, assim, o princípio quod nullo esta, nullum effectus producit.

... a legislação estadual determina o estorno de crédito relativo a Nota Fiscal INIDÔNEA, conforme art. 23, da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, ...

(...)

... quando se descobre que a nota fiscal de aquisição da mercadoria é inidônea ou falsa, perderá qualquer sentido a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, inclusive porquanto documentação que padeça desse vício não pode gerar nenhum direito...

Na verdade, o que ocorre juridicamente é que, com o destaque do ICMS na nota fiscal de aquisição, cria-se a favor do adquirente uma presunção não absoluta de

correspondente pagamento, ou possibilidade de cobrança, a qual, no entanto, será eliminada com a apuração pelo fisco da inidoneidade do documento emitido, cuja declaração oficializada somente livrará o contribuinte da responsabilidade de efetuar o estorno do crédito pela 'prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago', conforme exige o art. 70, V, do RICMS/MG, à época.

Se o contribuinte comprova que, apesar da inidoneidade, houve o pagamento do imposto, aí, sim, para não contrariar a não-cumulatividade, não se pode exigir o estorno do crédito.

(...)

... não é o ato declaratório que irá criar a inidoneidade ou gerar a falsidade do documento fiscal. Aquela circunstância de inidoneidade ou falsidade do documento, para a finalidade que deveria se destinar, é preexistente e, assim, o ato da administração apenas irá declarar esta situação.

(...)

A eventual alegação de boa-fé em nada socorre a autora, tendo em vista o que preceitua o art. 136, do CTN:

'Salvo disposição de Lei Contrária, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.'

Caso não seja considerado prequestionado o artigo 23, da Lei Complementar 87/96, o recorrente aponta como violado o artigo 535, do CPC.

Apresentadas contra-razões ao apelo extremo, inadmitido na origem.

O agravo de instrumento dirigido a esta Corte restou provido, tendo sido convertido em recurso especial.

Em 28.09.2009, por decisão monocrática desta relatoria, o presente recurso especial foi submetido ao regime dos "recursos representativos de controvérsia" (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção (artigo 2º, *caput*, da Res. STJ 8/2008).

O *parquet* federal opinou pelo desprovimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. ICMS. NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. TERCEIRO DE BOA-FÉ. APTO PARA O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. OFENSA AO ART. 23, DA LC 87/96. NÃO VERIFICADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DA DECISÃO EMBARGADA. PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada.

O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que o recurso especial fazendário reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos *ex tunc*, o que afasta a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN, *verbis*:

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

Conseqüentemente, subjaz a análise do mérito da controvérsia que se cinge à higidez do aproveitamento de crédito de ICMS, realizado pelo adquirente de boa-fé, no que pertine às operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais (emitidas pela empresa vendedora) tenham sido, posteriormente, declaradas inidôneas, à luz do disposto no artigo 23, *caput*, da Lei Complementar 87/96.

Deveras, o artigo 23, da Lei Complementar 87/96, dispõe que:

“Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.”

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.”

Nada obstante, a jurisprudência das Turmas de Direito Público é no sentido de que o comerciante que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido, posteriormente declarada inidônea, é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada (em observância ao disposto no artigo 136, do CTN), sendo certo que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação.

No mesmo diapasão, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SÚMULA 7/STJ. CABIMENTO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. REITERAÇÃO DE TESE JÁ SUPERADA. VÍCIOS INEXISTENTES. EMBARGOS REJEITADOS. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO. MULTA.

(...)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de notas fiscais emitidas pela empresa vendedora. Nesse caso, é possível o aproveitamento de crédito de ICMS relativo às referidas notas fiscais. Todavia, para tanto, é necessário que o contribuinte demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, portanto, o ônus da prova.

(...)

7. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa.” (EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008)

“TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS - SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. A jurisprudência desta Turma é no sentido de que, para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo. Precedentes.

(...)

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.” (REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007)

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. TRIBUNAL DE ORIGEM. SOBERANIA NA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de

notas fiscais emitidas pela empresa vendedora, sendo certo que, nesse caso, é possível o aproveitamento de crédito de ICMS relativo às referidas notas fiscais. Todavia, para tanto, é necessário que o contribuinte demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, portanto, o ônus da prova.

3. O disposto no art. 136 do CTN não dispensa o contribuinte, empresa compradora, da comprovação de que as notas fiscais declaradas inidôneas correspondem a negócio efetivamente realizado.

(...)

5. *Recurso especial desprovido.* (REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007)

“TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS - OPERAÇÕES COMPROVADAS. BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE.

1. Constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, não pode o adquirente de boa-fé (que, no caso, é presumida) ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora.

Precedentes.

2. *Recurso especial provido.* (REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006)

“PROCESSUAL - TRIBUTÁRIO - REEXAME DE PROVA - VEDAÇÃO PELA SÚMULA 7/ STJ - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - ÔNUS PROBANDI DO CONTRIBUINTE.

(...)

4. *A jurisprudência desta Turma é no sentido de que, para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo. Precedentes.*

5. *Recurso improvido.* (REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005)

“TRIBUTÁRIO – ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS.

1. As operações realizadas com empresa posteriormente declarada inidônea pelo Fisco devem ser consideradas válidas, não se podendo penalizar a empresa adquirente que agiu de boa-fé.

2. *Recurso especial provido.* (REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001)

“TRIBUTÁRIO - ICMS - CRÉDITOS RESULTANTES DE NOTA FISCAL - INIDONEIDADE DA EMPRESA EMITENTE - ENTRADA FÍSICA DA MERCADORIA - NECESSIDADE - VENDEDOR DE BOA-FÉ - INEXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA - PRECEDENTES.

- O vendedor ou comerciante que realizou a operação de boa-fé, acreditando na aparência da nota fiscal, e demonstrou a veracidade das transações (compra e venda), não pode ser responsabilizado por irregularidade constatada posteriormente, referente à empresa já que desconhecia a inidoneidade da mesma.

- Recurso conhecido e provido. (REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999)

“TRIBUTÁRIO - ICMS - CREDITAMENTO - INIDONEIDADE DE NOTAS FISCAIS - VERIFICAÇÃO.

A obrigação de se verificar a inidoneidade de documentos e de regularidade da empresa é do fisco e não do contribuinte.

O ato declaratório de inidoneidade só produz efeitos a partir de sua publicação.

Recurso provido. (REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999)

“TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS RESULTANTES DE NOTA FISCAL. DECLARAÇÃO SUPERVENIENTE DA INIDONEIDADE DE QUEM A EMITIU. VERIFICADO QUE O CONTRIBUINTE APROVEITOU CRÉDITO DECORRENTE DE NOTA FISCAL EMITIDA POR QUEM ESTAVA EM SITUAÇÃO IRREGULAR (AINDA QUE SÓ DECLARADA POSTERIORMENTE), O RESPECTIVO MONTANTE SÓ É Oponível ao FISCO SE DEMONSTRADO, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA REALMENTE ACONTECEU. HIPÓTESE, TODAVIA, EM QUE O LANÇAMENTO FISCAL FOI EFEITO IMEDIATO DA DECLARAÇÃO, SUPERVENIENTE, DA INIDONEIDADE DO EMITENTE DA NOTA FISCAL, SEM QUE A EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA TENHA SIDO CONTESTADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” (REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998)

A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual *“salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”*.

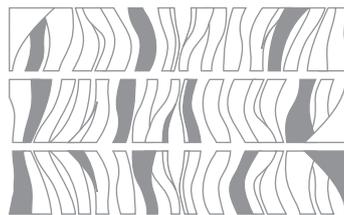
In casu, o Tribunal de origem consignou que:

“(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes.”

Conseqüentemente, uma vez caracterizada a boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), revela-se legítimo o aproveitamento dos créditos de ICMS.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.**

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência e aos demais Ministros da Primeira Seção e aos Tribunais de Justiça Estaduais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).



Súmula n. 510

SÚMULA N. 510

A liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTB, arts. 231, VIII; 262, § 2º, e 270.

Decreto n. 2.521/1998, art. 85, § 3º.

Precedentes:

**(*)REsp 1.144.810-MG (1ª S, 10.03.2010 – DJe 18.03.2010) –
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no Ag 1.230.416-DF (1ª T, 17.06.2010 – DJe 03.08.2010)

AgRg no REsp 919.347-DF (2ª T, 28.10.2008 – DJe 25.11.2008)

AgRg no REsp 1.027.557-RJ (2ª T, 05.02.2009 – DJe 26.02.2009)

AgRg no REsp 1.124.832-GO (1ª T, 04.05.2010 – DJe 11.05.2010)

AgRg no REsp 1.129.844-RJ (1ª T, 17.11.2009 – DJe 02.12.2009)

AgRg no REsp 1.156.682-TO (1ª T, 06.05.2010 – DJe 13.05.2010)

AgRg no REsp 1.303.711-RJ (2ª T, 21.08.2012 – DJe 29.08.2012)

AgRg nos

EDcl no REsp 622.971-RJ (1ª T, 04.10.2005 – DJ 07.11.2005)

REsp 622.965-RJ (1ª T, 27.09.2005 – DJ 21.11.2005)

REsp 648.083-RJ (1ª T, 14.12.2004 – DJ 28.02.2005)

REsp 790.288-MG (1ª T, 05.09.2006 – DJ 05.10.2006)

REsp 792.555-BA (2ª T, 04.05.2006 – DJ 18.05.2006)

REsp 843.837-MG (2ª T, 19.08.2008 – DJe 18.09.2008)

REsp 1.124.687-GO (2ª T, 14.12.2010 – DJe 08.02.2011)

REsp 1.148.433-SP (2ª T, 20.04.2010 – DJe 29.04.2010)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 26.3.2014

DJe 31.3.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.144.810-MG (2009/0113988-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: União

Recorrido: Transportes e Turismo Moraes Ltda

Advogado: Rogério Carlos de Camargo e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. RETENÇÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO.

1. A liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, com base no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, não está condicionada ao pagamento de multas e despesas.

2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 10 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que considerou indevido o condicionamento da liberação de veículo retido ao pagamento de multas e demais despesas (fls. 144/149). No recurso especial (fls. 153/160), a União aponta violação aos arts. 231, VIII, 262, § 2º, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e 85, § 3º, do Decreto 2.521/98, pelos seguintes fundamentos (a) tais normas autorizam a exigência de pagamento da multa e das despesas de transbordo para liberação do veículo apreendido; (b) o presente caso não se ajusta à hipótese da Súmula 323/STF.

Sem contra-razões.

Recurso admitido na origem sob regime do art. 543-C do CPC.

Ouvido o Ministério Público, seu parecer foi pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Primeiramente, registre-se que a controvérsia veiculada neste recurso especial não se confunde com o tema apreciado no REsp 1.104.775/RS (Min. Castro Meira, DJ de 01/07/2009), igualmente apreciado pela 1ª Seção desta Corte sob o regime dos recursos representativos de controvérsia. Enquanto nesse precedente discutia-se a necessidade de pagamento de encargos em caso de *remoção* de veículo conduzido *sem licenciamento* (Código de Trânsito, art. 230, V), o presente caso versa sobre a liberação de veículo *retido* por *transporte irregular de passageiros* (CTB, art. 231, VIII).

2. Não houve emissão, pelo acórdão recorrido, de juízo acerca da matéria contida no art. 262, § 2º, do CTB, razão pela qual, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Com efeito, não se verifica nos autos a oposição de quaisquer embargos de declaração com o objetivo de prequestionar o dispositivo supracitado.

3. Quanto ao mais, está consolidada nesta Corte a orientação de que a liberação do veículo retido por força do art. 231, VIII, do CTB independe do recolhimento de multas e demais despesas. Vejam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. PENA ADMINISTRATIVA. RETENÇÃO. DESPESAS RELATIVAS À APREENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O transporte irregular de passageiros sujeita o seu infrator à pena administrativa de retenção do veículo, o que impede que a sua liberação esteja condicionada ao pagamento de despesas decorrentes de apreensão do veículo.

2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Súmula do STJ, Enunciado n. 83).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.129.844/RJ, 1ª T., Min. Hamilton Carvalhido, DJe 02/12/2009)

ADMINISTRATIVO – MULTA – TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS – RETENÇÃO DO VEÍCULO – LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual configura-se ilegítimo o ato de autoridade que condiciona a liberação de veículo retido por realizar transporte de passageiros, sem a devida autorização, ao pagamento da multa, por se tratar de infração prevista no art. 231, inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.027.557/RJ, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe 26/02/2009)

4. Quanto ao art. 85, § 3º, do Decreto 2.521/98, merecem ser transcritos os fundamentos constantes no parecer do Ministério Público Federal:

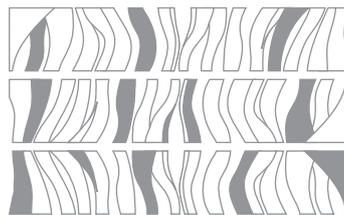
“11. O referido Decreto foi editado para regulamentar a Lei n. 8.987/95, no que toca à permissão e autorização de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Assim sendo, não poderia ultrapassar os limites impostos pela lei que regula, como de fato sói acontecer no dispositivo em questão, haja vista a ausência de previsão na Lei n. 8.987/95 quanto à punição estabelecida por meio do Decreto n. 2.521/98.

12. Com efeito, o art. 85 supratranscrito inova no ordenamento jurídico para estabelecer restrições ao direito de propriedade, violando frontalmente o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (fl. 153)

(...)

“19. Com efeito, não se deve confundir a medida administrativa de retenção com a penalidade de apreensão. No presente caso, como se nota do acórdão recorrido, o veículo foi retido pela autoridade tida por coatora. De fato, não está associada a essa medida administrativa a previsão de pagamento prévio de multas e demais despesas decorrentes do tempo em que o veículo ficou retido para que ocorra sua liberação, ao contrário do que ocorre no caso da apreensão, em que o art. 262, § 2º, do CTB estabelece claramente essa possibilidade”. (fl. 158)

5. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. Tratando-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado: (a) aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC; (b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08; (c) à Comissão de jurisprudência, com sugestão para edição de súmula nos seguintes termos: “A liberação do veículo retido por força do art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro não está condicionada ao pagamento de multas e despesas”. É o voto.



Súmula n. 511

SÚMULA N. 511

É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

Referências:

CP, art. 155, §§ 2º e 4º.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

EREsp	842.425-RS	(3ª S, 24.08.2011 – DJe 02.09.2011)
(*)REsp	1.193.194-MG	(3ª S, 22.08.2012 – DJe 28.08.2012) – acórdão publicado na íntegra
(*)REsp	1.193.554-MG	(3ª S, 22.08.2012 – DJe 28.08.2012)
(*)REsp	1.193.558-MG	(3ª S, 22.08.2012 – DJe 28.08.2012)
(*)REsp	1.193.932-MG	(3ª S, 22.08.2012 – DJe 28.08.2012)
REsp	1.154.460-MG	(5ª T, 03.02.2011 – DJe 21.02.2011)
AgRg no		
AgRg no REsp	1.121.206-SP	(6ª T, 20.06.2013 – DJe 12.08.2013)
AgRg no REsp	1.111.797-SP	(5ª T, 02.08.2011 – DJe 10.08.2011)
AgRg no REsp	1.224.372-RS	(6ª T, 20.09.2011 – DJe 28.09.2011)
AgRg no REsp	1.227.073-RS	(6ª T, 02.02.2012 – DJe 21.03.2012)
AgRg no REsp	1.268.491-TO	(6ª T, 16.10.2012 – DJe 23.10.2012)
HC	106.486-MG	(6ª T, 17.11.2011 – DJe 28.11.2011)
HC	133.296-RS	(6ª T, 09.10.2012 – DJe 22.10.2012)
HC	160.795-SP	(6ª T, 13.08.2013 – DJe 22.08.2013)
HC	184.138-RJ	(5ª T, 19.04.2012 – DJe 24.04.2012)
HC	184.287-RS	(6ª T, 18.06.2012 – DJe 29.06.2012)

HC	189.175-RS	(5ª T, 18.12.2012 – DJe 1º.02.2013)
HC	189.879-MG	(5ª T, 20.09.2012 – DJe 27.09.2012)
HC	214.831-SP	(5ª T, 17.09.2013 – DJe 25.09.2013)
HC	216.282-SP	(6ª T, 04.09.2012 – DJe 17.09.2012)
HC	245.038-RJ	(6ª T, 19.03.2013 – DJe 09.04.2013)
HC	273.999-SP	(5ª T, 20.08.2013 – DJe 26.08.2013)

(*) Recursos repetitivos.

Terceira Seção, em 11.6.2014

DJe 16.6.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.193.194-MG (2010/0084008-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Anderson da Costa

Advogado: Daniel Allyson Marra Pereira - Defensor Público e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL E PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISSÍDIO NOTÓRIO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO NO FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA OBJETIVA. ACÓRDÃO ESTADUAL EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO. CONFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO PRECONIZADO NO ERESP 842.425/RS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Consoante entendimento pacificado pelo julgamento do EREsp 842.425/RS, de que relator o eminente Ministro Og Fernandes, afigura-se absolutamente “possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º)”, máxime se presente qualificadora de ordem objetiva, a primariedade do réu e, também, o pequeno valor da *res furtiva*.

2. Na hipótese, estando reconhecido pela instância ordinária que os bens eram de pequeno valor e que o réu não era reincidente, cabível a aplicação da posição firmada pela Terceira Seção.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

A Terceira Seção, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 28.8.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto por ANDERSON DA COSTA, com fundamento na alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual restou assim sumariado (fl. 120):

“FURTO QUALIFICADO - CONCURSO DE AGENTES - PRIVILÉGIO - ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL - INCOMPATIBILIDADE. Estando presentes, no furto qualificado, circunstâncias subjetivas e objetivas que aumentam o vulto do crime, o que vem a demonstrar maior periculosidade do agente e, conseqüentemente, estendendo o dano, torna-se incompatível o reconhecimento do privilégio, uma vez tratar-se de tipo substancialmente mais grave do que a figura simples do mesmo crime. PENA - INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS - BENESSE ATENDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NESTES ASPECTOS. Se tanto a atenuante da confissão espontânea como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foram devidamente atendidas na sentença condenatória, falta o interesse de agir no que tange a tais alegações. Recurso não provido.”

O recorrente foi condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto e permitida a substituição por restritivas de direito, em virtude da prática da conduta prevista no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, sendo a condenação mantida pela Corte a quo, consoante o extrato do julgamento acima colacionado.

Neste recurso especial, o Recorrente sustenta, em síntese, divergência jurisprudencial em torno da aplicação do art. 155, § 2º, do Código Penal. Pugna, em síntese, pelo reconhecimento do privilégio no furto qualificado pelo concurso de pessoas, com a redução respectiva da pena.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 168/178.

O Tribunal de origem admitiu o apelo, segundo decisão de fl. 180, sendo a esta Corte encaminhado sob o rito do recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC).

Com vista, o M. P. Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial e provimento do recurso (fls. 194/203), estando o parecer assim sumariado:

“RESP

CF-ART. 105-III, C.

RECURSO PELA ALÍNEA C.

Dissídio Jurisprudência. Existente.

Orientação Jurisprudência. No sentido.

Pelo conhecimento e parcial provimento do Recurso, pela alínea c interposto.

Possível a aplicação do Privilégio em hipótese de Furto Qualificado, desde que se trate de Qualificadora de ordem objetiva - o que se verifica na espécie -, ficando a cargo do Tribunal *a quo* apreciar se o Réu preenche os requisitos - primariedade e pequeno valor da res- para a aplicação do CP- art. 155, § 2º.”

Tendo em vista a desnecessidade das medidas previstas no *caput* art. 2º da Resolução n. 8/2008 e, bem assim, no art. 543-C, § 2º, do CPC, determinei a inclusão em pauta, para o fim de firmar a tese da discussão, conforme indicação da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. COMPATIBILIDADE COM A MODALIDADE PRIVILEGIADA PREVISTA NO ART. 155, § 2º, DO CP.

Registre-se, por fim, que outros recursos subiram a esta Corte sob o mesmo rito e tiveram por liame os presentes autos, os quais foram pautados para esta sessão e terão iguais fundamentos decisórios, sendo eles: REsps 1.193.554, 1.193.558 e 1.193.932/MG.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De início, advirta-se quanto ao cumprimento dos requisitos do apelo excepcional, sobretudo em face de o tema tratar-se de discussão eminentemente jurídica e ter sido enfrentado pelo acórdão recorrido.

Assim, não se sobrepõe a alusão do recorrido acerca da inexistência do confronto analítico, que no caso deve ser visto pelo plano da evidência e notoriedade da discussão.

Confirmam-se os precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. STJ. NOTÓRIO ENTENDIMENTO DIVERGENTE. TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. SUFICIÊNCIA.

1. Admite-se a demonstração do dissídio jurisprudencial pela mera transcrição de ementas na particular circunstância de tratar-se de questão acerca da qual o STJ possua notório entendimento divergente.

Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 1.095.255/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 24/04/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL - CONTRATO QUITADO - REVISÃO - POSSIBILIDADE - DISSÍDIO NOTÓRIO - REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - DESNECESSIDADE - IMPROVIMENTO.

I. A quitação da dívida não impede a discussão sobre eventuais ilegalidades do contrato extinto.

II. As exigências de natureza formal para o conhecimento do Recurso Especial pela alínea “c” do permissivo constitucional devem ser mitigadas quando se cuidar de dissídio notório, manifestamente conhecido do Tribunal.

III. A discussão quanto à possibilidade da revisão judicial de contratos quitados não demanda o reexame de matéria fática e a interpretação de cláusulas contratuais, tratando-se unicamente de matéria de direito.

IV. Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1.223.799/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 27/05/2011)

De outro lado, não vejo como aceitar a proposição ministerial de que o réu apresentou antecedentes desfavoráveis para o fim de receber o privilégio, tema cogitado no acórdão e não debatido no recurso especial.

Isso porque a sentença foi categórica (fls. 81/82):

“Dessa forma, passo à dosimetria da pena, observando as diretrizes legais.

Atendendo ao disposto no artigo 59 do Código Penal, tem-se que as circunstâncias judiciais do acusado são as seguintes:

- culpabilidade: conduta reprovável e repugnada pela sociedade, prestando-se ao incremento do senso de insegurança e pânico à comunidade local;

- antecedentes: *favoráveis* (certidão de fls. 45); (destaquei)

- conduta social: Nenhum elemento que demonstre ser o agente avesso às questões afetas à família e ao trabalho;

- personalidade: por seus atos, revela temperamento antagônico à ordem social, razão pela qual deve ser também considerada desfavorável;

- motivos do crime: nenhum elemento que justifique a conduta adotada;

- circunstâncias: desfavoráveis, uma vez que o fato foi praticado durante a madrugada, quando o patrimônio da vítima apresentava-se mais vulnerável à ação do denunciado;

- conseqüências: são favoráveis, pois os bens aparelhos eletrônicos mencionados foram recuperados, merecendo ressalva de que, quanto aos mantimentos e produtos de uso domésticos, não há provas de que teriam sido subtraídos pelo acusado;

- comportamento da vítima: em nada contribuiu para a prática do delito.

O artigo 155, § 4º, do Código Penal, prevê aplicação cumulativa de pena de reclusão e de multa.

Tendo em vista que algumas circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, e considerando a intensidade do dolo, tenho como necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito a fixação de pena-base à margem de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Todavia, milita em favor do acusado a circunstância atenuante da confissão (artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal), razão pela qual reduzo a reprimenda, para o patamar de 02 (dois) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, tornando-a definitiva, à míngua de outras circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição de pena. O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, consoante o I disposto no art. 33, § 2º, “c”, do Estatuto Repressivo.

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente.

O réu ainda se faz merecedor das benesses do art. 44 do Código Penal, pelo que lhe substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo que a primeira delas consistirá na prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, parcelado em 04 (quatro) vezes iguais e sucessivas, importância

a ser revertida em proveito da APAE - ALTEROSA, em 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença.

Relativamente à segunda pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade por igual período àquele fixado na pena corporal, hei de estabelecê-la em favor da Prefeitura Municipal de Alterosa/MG, cujas condições serão definidas em sede de execução penal, por ocasião da audiência admonitória."

Neste ponto específico, por sinal, penso que a alusão feita no acórdão foi hipotética e não real, pois, ao negar o direito ao privilégio, o Relator cogita da questão sem fazer qualquer menção à sentença, que nada considerou quanto a eventual antecedente do réu.

Note-se, por outro lado, que o acórdão não poderia inovar neste ponto sob pena de violação ao primada da não *reformatio in pejus*, já que somente a defesa interpusera apelação.

Assim, entendo absolutamente possível verificar a sede da discussão pela coluna central e evidente do aresto hostilizado, que assim preconizou no seu voto-condutor (fls. 122/129):

"A materialidade e a autoria restaram devidamente comprovadas, tanto que não foram objetos do presente recurso.

O apelante pretende em suas razões que lhe seja reconhecido a benesse do § 2º do art. 155 do Código Penal, sob o argumento de que é primário e possui bons antecedentes, além de tratar a coisa furtada de pequeno valor.

Devo registrar a existência de duas correntes; de posicionamento, uma favorável e outra contrária ao entendimento do apelante.

Os partidários da primeira pregam a admissibilidade da incidência do privilégio legal aos casos de furto qualificado desde que presentes os pressupostos inscritos no art. 155, § 2º, do Código Penal, entendendo irrelevante a circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado de modo a não apresentarem incompatibilidade pela só natureza de tais normas, cuja interpretação seria harmônica com o sistema que as compõe.

Na segunda, à qual me filio, os adeptos entendem descabido o furto qualificado-privilegiado, não somente por questões de topografia, porque quisesse o legislador a incidência do privilégio à ação qualificada e certamente a topologia da norma de privilégio estaria colocada de modo a evidenciar a postura legislativa, mas pela incompatibilidade entre os preceitos, sendo certo que no furto qualificado estão presentes circunstâncias subjetivas e objetiva e que aumentam o vulto do crime, o que vem a demonstrar maior periculosidade do agente e, conseqüentemente, o dano produzido.

Assim, trata-se de tipo substancialmente mais grave do que a figura simples do mesmo crime, com ele incompatível, de modo que o privilégio não alcança a figura típica qualificada.

(...)

Como tenho defendido alhures, não se pode dar ao ordenamento jurídico repressor um valor subjetivo, impregnado de um personalismo impróprio à norma penal e relegando a letra da lei a um critério que só dependa da vontade do Juiz, porque assim agindo, se impõe a pior das injustiças, criando, para casos isolados, uma linha de raciocínio que só poderia ser aceita em caráter geral e impregnando os julgamentos de tendências ideológicas, estritamente pessoais.

O fato é que o Juiz enquanto homem é falho em sua ideação, o que, por si só, já nos orientaria para aplicação da Lei de forma genérica, buscando uma interpretação racional no caso concreto e evitando desvios de entendimento que são pessoais ou subjetivos.

A tendência do aplicador da norma jurídica penal deve sempre se orientar para critérios que possam servir de parâmetro para todos os casos, indistintamente, criando uma rigidez de princípios capazes de direcionar os julgamentos das ações humanas de forma justa e igualitária.

Neste aspecto, a orientação acima anunciada tem suas razões de existir porque o furto qualificado é bem mais grave do que o furto simples, não recebendo um tratamento brando do legislador que o colocou destacado e com tratamento diferenciado do furto simples.

Não procede, portanto, a pretensão da incidência do privilégio estatuído no § 2º, ao art. 155 do Código Penal, ainda que os bens fossem efetivamente de pequeno valor.”

Importante, nesta altura, colacionar extratos da sentença no mesmo sentido do acórdão, *verbis* (fls. 80/81):

“Todavia, a primariedade e o pequeno valor da res furtiva (R\$ 300,00 - fls. 20), não autorizam o reconhecimento do furto privilegiado, em que pese os entendimentos em contrário.

Filio-me ao entendimento de que a gravidade do delito afigura-se incompatível com as consequências muito brandas do privilégio. Ademais, a disposição dos parágrafos (o privilégio no § 2º, anterior às qualificadores dos §§ 4º e 5º), indica a intenção do legislador de que o benefício seja tão-somente aplicado aos casos de furto simples e noturno.”

A tese jurídica defendida no acórdão, e também na sentença parece, clara: *o privilégio trazido pelo § 2º do art. 155 do CP é incompatível com o tipo do furto qualificado em face da maior gravidade da conduta neste considerada.*

No que concerne à controvérsia, relativamente à aplicação do privilégio ao furto qualificado, necessário esclarecer que não se desconhece das decisões desta Corte no sentido de não se permitir referida aplicação em qualquer hipótese, tendo o acórdão, a propósito, se servido de alguns julgados no mesmo sentido.

Porém, dando sequência ao que foi debatido no julgamento realizado na sessão de 24/8/2011, em que apreciado os Embargos de Divergência no REsp n. 842.425/RS, de que relator o Ministro Og Fernandes, a Terceira Seção, por unanimidade, pacificou o entendimento, ao qual também adiro, no sentido de permitir a aplicação do privilégio quando diante de circunstâncias objetivas de qualificação no crime de furto.

Confira-se a ementa do acórdão proferido no referido julgamento:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE AGENTES. SUBTRAÇÃO DE MERCADORIAS AVALIADAS EM R\$ 250,00 (DUZENTOS E CINQUENTA REAIS). INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE E DO STF.

1. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificou entendimento no sentido de ser possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º).

2. Registre-se que o único requisito exigido para aplicação do benefício é que as qualificadoras sejam de ordem objetiva, como no caso - concurso de agentes -, e que o fato delituoso não seja de maior gravidade.

3. Desse modo, sendo o réu primário e de pequeno valor a res furtiva, não há óbice à concessão do referido privilégio na hipótese de furto qualificado pelo concurso de agentes.

4. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso especial do Ministério Público.” (REsp 842.425/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 02/09/2011)

Uniformizado, portanto, o entendimento no âmbito da Terceira Seção desta Corte no tocante à tese a ser tutelada, cumpre, igualmente, reproduzi-la no julgamento em exame sob o rito do art. 543-C do CPC, de sorte a permitir maior abrangência e efetividade de seus efeitos.

Oportuno ressaltar, ainda, que o pensamento ora seguido tem prevalecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como lembrado pelo eminente Relator

dos embargos de divergência, Ministro Og Fernandes, que em alguns julgados bem delimitou a controvérsia.

Por sinal, confira-se ementa elucidativa de julgado da Corte Suprema:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva). 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto. Caso em que a qualificadora do rompimento de obstáculo (de natureza nitidamente objetiva - como são todas as qualificadoras do crime de furto) em nada se mostra incompatível com o fato de ser o acusado primário; e a coisa, de pequeno valor. Precedentes da Segunda Turma do STF. 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP e julgar extinta a punibilidade do paciente pela prescrição retroativa." (HC 98.265, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24.03.2010, DJe-086 DIVULG 13.05.2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-02 PP-00407)

Destaque-se que não é o outro o entendimento da 6ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça. Ao ensejo, confirmam-se os seguintes precedentes:

*"HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORA DE NATUREZA OBJETIVA (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). RÉUS PRIMÁRIOS. PEQUENO VALOR DA RES FURTIVA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de ser admissível a incidência da causa de diminuição de pena do art. 155, § 2º, do CP (figura do privilégio) no furto qualificado, desde que as qualificadoras sejam de índole objetiva e que o fato delituoso não seja de maior gravidade. 2. *In casu*, presente a primariedade dos acusados, constatado o pequeno valor da res furtiva (R\$ 75,00) e ausente a gravidade do fato delituoso, é possível a incidência do art. 155, § 2º, do Código Penal. 3. Dosimetria da pena refeita. 4. Ordem concedida, a fim de reconhecer o furto privilegiado-qualificado e redimensionar, para ambos os pacientes, a pena ao patamar de 8 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, mantendo-se o benefício do art. 44 do Código Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo. Face ao redimensionamento da sanção penal, extingue-se, de ofício, a punibilidade, tendo em vista a prescrição da pretensão punitiva retroativa, já que entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória houve*

o transcurso de lapso superior a 2 (dois) anos". (HC 106.486/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe 28/11/2011).

"*HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. SUBTRAÇÃO DE MERCADORIAS AVALIADAS EM APROXIMADAMENTE R\$ 230,00 (DUZENTOS E TRINTA REAIS). INCIDÊNCIA DA PRIVILEGIADORA PREVISTA NO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. VALORAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. Na linha da iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal, é possível a coexistência, no crime de furto, da privilegiadora prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, com as qualificadoras inseridas no § 4º do mesmo dispositivo. 2. No caso, a paciente é primária e as mercadorias objeto da tentativa de subtração foram avaliadas em aproximadamente R\$ 230,00 (duzentos e trinta) reais, sendo cabível o benefício pleiteado. 3. (...). 7. Ordem concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal e afastando da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre a ora paciente, de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa para 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 2 (dois) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade. A implementação da restritiva de direitos fica a cargo do Juiz das execuções". (HC 119.529/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 02/08/2010).

"*HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. FALTA DE AVALIAÇÃO DOS BENS FURTADOS. PRESUNÇÃO DO PEQUENO VALOR. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se os bens furtados não foram avaliados, deve ser presumido serem eles de pequeno valor. 2. É possível a aplicação do disposto no artigo 155, parágrafo 2º, do Código Penal, ao furto qualificado. 3. Ordem concedida para, reconhecido o privilégio, substituir as penas pela multa penal de dez dias-multa, reconhecida, a seguir, a extinção da punibilidade da espécie, pela prescrição". (HC 124.238/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009).

De igual modo tem professado a Quinta Turma, consoante julgado:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ECONÔMICO CONSIDERÁVEL. RELEVÂNCIA PENAL. BENEFÍCIOS DA MODALIDADE PRIVILEGIADA. ORIENTAÇÃO DA TERCEIRA SEÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

V. Na hipótese, a conduta perpetrada pelo agente não pode ser considerada irrelevante para o Direito Penal, por evidenciar valor econômico considerável, principalmente em termos de comercialização, conforme asseverado pela magistrada sentenciante, em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.

VI. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, julgando procedente os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 842.425-RS, unificou a orientação de que o privilégio estatuído no § 2º do art. 155 do CP mostra-se compatível com as qualificadoras do delito de furto, desde que elas sejam de ordem objetiva e o fato delituoso não transborde maior gravidade.

VII. *In casu*, sendo sendo o réu primário, verificando-se ser a qualificadora do delito de natureza objetiva (curso de agentes) e que ao fato criminoso a Corte estadual também fixou o cumprimento de pena privativa de liberdade, estabelecida em 01 ano e 04 meses de reclusão, torna-se devida a incidência do benefício legal do furto privilegiado, uma vez presente a excepcionalidade necessária para o seu reconhecimento.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 239.262/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

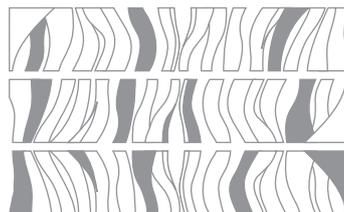
Em fechamento, para os fins do art. 543-C do CPC, sou por resolver a tese jurídica nos seguintes termos:

Presente a primariedade do agente, sendo de pequeno valor a coisa e não havendo conduta de maior gravidade, cabível a aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP às hipóteses de natureza objetiva de qualificação do crime de furto previstas no § 4º do referido artigo do Estatuto Penal.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e lhe dou provimento*, para o fim de reconhecer o privilégio do § 2º do art. 155 do CP, devendo o Tribunal de origem realizar o redimensionamento da pena.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal de Justiça, bem como aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, para cumprimento do disposto no § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

É como voto.



Súmula n. 512

() SÚMULA N. 512 (CANCELADA)**

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Referências:

CF, art. 5º, XLIII.

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 2º.

Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º.

Precedentes:

(*)REsp 1.329.088-RS (3ª S, 13.03.2013 – DJe 26.04.2013)

acórdão publicado na íntegra

AgRg no REsp 1.116.696-MG (6ª T, 1º.03.2012 – DJe 14.03.2012)

AgRg no REsp 1.259.135-MS (6ª T, 06.06.2013 – DJe 1º.07.2013)

AgRg nos

EDcl no REsp 1.297.936-MS (5ª T, 18.04.2013 – DJe 25.04.2013)

HC 143.361-SP (5ª T, 23.02.2010 – DJe 08.03.2010)

HC 149.942-MG (5ª T, 06.04.2010 – DJe 03.05.2010)

HC 224.038-MG (6ª T, 20.11.2012 – DJe 27.11.2012)

HC 254.139-MG (5ª T, 13.11.2012 – DJe 23.11.2012)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 11.6.2014

DJe 16.6.2014

()** A Terceira Seção, na sessão de 23 de novembro de 2016, ao julgar a QO na Pet 11.796-DF, determinou o CANCELAMENTO da Súmula n. 512-STJ. - **acórdão publicado na íntegra**

DJe 28.11.2016

PETIÇÃO N. 11.796-DF (2016/0288056-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Requerente: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Requerido: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N. 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.329.088/RS – Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o conseqüente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Terceira Seção, por unanimidade, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o conseqüente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 29.11.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de proposta de revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento por esta egrégia Terceira Seção, em 13/03/2013, do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.329.088/RS, da relatoria do ilustre Ministro Sebastião Reis Júnior (DJe 26/04/2013), bem como de cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Na sessão de julgamento do dia 26/10/2016, esta Relatora afetou o julgamento da presente questão de ordem (autuada como PET) à Terceira Seção, em atenção ao disposto no artigo 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com redação dada pela Emenda Regimental n. 24/2016.

Posteriormente o presente feito foi encaminhado ao Ministério Público Federal que, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Lindôra Maria Araujo, manifestou-se pelo acolhimento de ambas as propostas, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PETIÇÃO. PLEITO DE REVISÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO RECURSO REPETITIVO N. 1.329.088/RS E DE CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N. 512/STJ EM RAZÃO DO NOVO POSICIONAMENTO DO STF NOS AUTOS DO HC N. 118.533/MS. APESAR DE A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO NÃO TER EFICÁCIA *ERGA OMNES* E EFEITO VINCULANTE DEVE SER ADOTADO O NOVO ENTENDIMENTO DO STF NO SENTIDO DE QUE O DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO TEM NATUREZA HEDIONDA EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA ISONOMIA, BEM COMO PARA EVITAR DECISÕES CONTRADITÓRIAS. PARECER PELO PROVIMENTO DA PETIÇÃO.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Consoante relatado, trata-se de proposta de revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento por esta egrégia Terceira Seção, em 13/03/2013, do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.329.088/RS, da relatoria do ilustre Ministro Sebastião Reis Júnior (DJe 26/04/2013), submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *caput* e § 1º, *in verbis*:

Art. 256-S. É cabível a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, **ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado.** (grifo não original)

Naquela oportunidade, este Colegiado acolheu a tese, já então pacificada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência

não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime” (Tema 600).

A título de ilustração, confira-se a ementa do acórdão:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.” (REsp 1.329.088/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013)

Na mesma linha, esta egrégia Seção de Direito Penal houve por bem editar a Súmula 512, publicada no DJe 16/06/2014, que estabelece que:

“A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.”

Ocorre, porém, que, em sessão realizada em 23/06/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento oposto à jurisprudência deste Sodalício ao assentar, em acórdão relatado pela insigne Ministra Cármen Lúcia, que o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não tem natureza hedionda.

Segundo esposado pela douta Ministra Relatora, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei n.

11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.”

Além disso, destacou que, apesar da vedação constitucional e legal da concessão de graça e anistia e de indulto ao tráfico de entorpecentes, “os Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09 beneficiaram os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado com o indulto, o que demonstra que os mencionados textos normativos inclinaram-se na corrente doutrinária de que o tráfico privilegiado não é hediondo.”

Concluiu, em suma, em voto que foi seguido pela maioria do Tribunal Pleno, que a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas e de que as circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas (Informativo 831). O aresto foi sintetizado nos seguintes termos:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118.533/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16.09.2016 PUBLIC 19.09.2016)

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII) equiparou o delito de tráfico ilícito de drogas aos crimes hediondos, prevendo a insuscetibilidade de graça ou anistia e a inafiançabilidade, além de outras medidas previstas na Lei n. 8.072/90.

No entanto, nem toda transação ilícita com drogas deve necessariamente submeter-se ao regime dos crimes hediondos, como a conduta de quem oferece

droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem (art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006), bem como - conforme recentemente assentado pelo Supremo Tribunal Federal - a de quem, de forma episódica, pratica o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º).

Cumprе consignar, nessa linha de raciocínio, que o artigo 44 da Lei de Drogas, ao estabelecer que os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei “são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, conferiu ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º) tratamento especial ao que o legislador atribuiu ao *caput* e ao § 1º do artigo 33, a reforçar a tese de que não se trata de delito hediondo.

Nesse sentido, aliás, cumpre trazer à baila voto proferido pelo preclaro Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.351/MS:

(...) A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves. O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao “tráfico privilegiado”, se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no *quantum* da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a 2/3. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a “mens legislatoris”, a própria “mens legis”, quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao *pequeno traficante* (...) (DJ 16.6.2014).

Saliente-se, outrossim, que o conceito de hediondez é de todo incompatível ao de privilégio, conforme há muito já vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, no que toca ao homicídio qualificado-privilegiado:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, não se lhe aplicando norma que estabelece o regime fechado para o integral cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei n. 8.072/90, artigos 1º e 2º, parágrafo 1º).

2. Ordem concedida.

(HC 43.043/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 06/02/2006, p. 352)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENCADO COMO HEDIONDO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA NÃO SUPERIOR A OITO ANOS. POSSIBILIDADE.

I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes).

II - Afastado o caráter hediondo do crime e atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (Precedentes).

Writ concedido.

(HC 144.196/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010)

E, em consonância com o recente posicionamento do Excelso Pretório, Ministros integrantes desta Seção de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça vêm proferindo decisões no sentido de afastar a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: HC 374.247/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 06/10/2016; REsp 1.618/350/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 05/10/2016; AREsp 944.182/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 14/10/2016; AREsp 967.652/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 03/10/2016; HC 371.705/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 22/09/2016; HC 366.317/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 10/08/2016; entre outros.

É sabido que os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, creio ser necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de nos alinharmos à jurisprudência do Excelso Pretório.

Dessarte, determino a revisão do entendimento consolidado por esta Terceira Seção no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.329.088/RS – Tema 600 (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013), a fim de acolher a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.

Proponho, como consequência do presente julgamento, **o cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.**

Encaminhe-se cópia do inteiro teor deste acórdão, após a publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais.

É como voto.

TESE FIRMADA: O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006) NÃO É CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO.

RECURSO ESPECIAL N. 1.329.088-RS (2012/0124208-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Eduardo Almansa Jacob

Advogado: Jose Francisco Ferreira de Andrade - Defensor Público

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO.

REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual no Agravo em Execução n. 700443726975 (fl. 43):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDULTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO.

O reconhecimento do privilégio no delito de tráfico de drogas afasta a caracterização de hediondez, contida na Lei 8.072/90. Por isso, no juízo *a quo* deverão ser reapreciados o requisito objetivo temporal comum e não o dos hediondos, bem como os requisitos subjetivos.

AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

Nas razões do especial é alegada a existência de ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.072/1990, ao argumento de que a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas.

Em caráter subsidiário, aduz-se a negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal e, caso se entenda estar a questão trazida no especial carente de questionamento, ofensa ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Pede-se o provimento do recurso especial, com o restabelecimento da decisão do Juízo da Execução, que indeferiu os pedidos de indulto e livramento condicional.

Oferecidas contrarrazões (fls. 108/113), admitiu-se o recurso na origem (fls. 115/118), sendo oferecido parecer pelo Ministério Público Federal (fls. 128/136).

Às fls. 138/140, proferi decisão indicando o presente recurso especial como representativo da controvérsia, a fim de que sua tramitação passasse a observar o rito estabelecido no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas as comunicações de praxe, houve nova manifestação do *Parquet* federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes de Sousa (fl. 244):

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

Adequação de paradigma para a produção de decisão capaz de ser utilizada em recursos repetitivos.

A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos, de maneira que a previsão legal de redução da reprimenda, diante do preenchimento dos requisitos ali enumerados, não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao delito em tela. Precedentes.

Parecer pela admissibilidade deste apelo nobre como representativo da questão jurídica objeto de recursos especiais repetitivos sobrestados na origem; e no mérito, para que o Superior Tribunal de Justiça declare que a simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A controvérsia a ser dirimida no presente recurso especial, cinge-se à manutenção da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do mesmo artigo e assim se, quando da aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, deve ser observado o lapso do art. 112 da Lei de Execução Penal ou aquele previsto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990.

O Tribunal de origem entendeu que a incidência da minorante afastaria a hediondez do crime. Por consequência, determinou que, na execução da pena, fossem observados os interstícios previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal.

O julgado está assim fundamentado (fl. 46):

[...]

O apenado foi condenado pelo delito do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – tráfico privilegiado –, aduzindo, porém, a não caracterização de tal delito como hediondo.

O privilégio é uma *contraditio in terminis* com especial gravidade – hediondez –, o tratamento há de ser diferenciado, notadamente porque a Lei 8.072/90, tida como Lei dos Crimes Hediondos, não contempla formulações híbridas como de especial gravidade, como é o caso do homicídio qualificado-privilegiado.

Ademais, o privilégio reconhecido impõe um tratamento diferenciado daquele dado aos delitos hediondos ou equiparados. Tratar de maneira igual um condenado por tráfico (art. 33, *caput*) e um condenado por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), constitui uma nítida contradição, uma negativa ao próprio privilégio, uma ofensa ao princípio da igualdade.

Tanto é assim que a Lei 8.072/90, ao dar tratamento mais gravoso aos delitos hediondos, não tipifica nenhuma forma privilegiada do delito, pois o privilégio é, por essência, o oposto da hediondez.

[...]

O acórdão recorrido está a merecer reparos.

O art. 2º da Lei n. 8.072/1990 equiparou o delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, dispondo, no § 2º do mesmo artigo, que a *progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.*

Por sua vez, o tipo penal do tráfico de drogas está capitulado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que, em seu § 4º, estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, *desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Feita a leitura dos dispositivos, de plano, constata-se que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei n. 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei n. 11.343/2006.

Outrossim, observa-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada.

Destarte, a primariedade, os bons antecedentes, bem como a não dedicação a atividades criminosas, nem a integração em organização criminosa são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado.

A hipótese é diferente da situação paradigma que é sempre invocada, referente ao homicídio privilegiado, uma vez que, neste, a redução da pena é

feita em razão de circunstâncias inerentes à razão da prática da conduta, as quais o legislador entendeu diminuir a gravidade da conduta.

É a conclusão que se extrai da leitura do art. 121, § 1º, do Código Penal, o qual estabelece que, *se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 a 1/3 (um terço).*

Essa, entretanto, não é a mesma hipótese do crime de tráfico de drogas.

A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não é aplicada por ser a conduta menos grave, mas surge por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.

É o que expõe a justificativa apresentada, quando da protocolização do projeto de lei que deu origem à referida norma, ao Senado Federal:

[...]

Outra questão tratada pelo projeto, e que vem sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigorosos como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.

(PLS n. 115/2002, Diário do Senado Federal, 7/5/2002, pág. 7.392).

Na mesma direção, menciona-se lição da doutrina:

O agente verdadeiramente primário e de bons antecedentes, que tenha infringido as condutas previstas na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, tem o direito subjetivo a esta causa especial de diminuição da pena, extremamente significativa, pois suas penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que ele não seja um profissional do crime (não se dedique às atividades criminosas) nem integre alguma organização criminosa. Trata-se de uma opção do legislador por “separar o joio do trigo danificado”, aumentando o rigor em relação àquele e criando opções de minimizar a punição em relação a este, que em tese se encontra em uma situação onde a reinserção social é mais viável.

(SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A Nova Lei Antidrogas* (Lei n. 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pág. 52)

Outrossim, esta é a orientação que se colhe de precedente do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO RECENTE DA TURMA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. IMPROCEDÊNCIA: EXIGÊNCIA LEGAL DO CUMPRIMENTO DE 2/5 DA PENA, SE O RÉU FOR PRIMÁRIO, E DE 3/5, SE FOR REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE *ERROR IN JUDICANDO* QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO, *EX OFFICIO*, DO WRIT.

1. A Primeira Turma desta Corte, em acórdão recente, proferido no HC n. 109.956, decidiu “não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC)”, não fazendo sentido qualquer retrocesso.

2. A minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.

3. O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se as frações de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente, previstas na Lei de Drogas, constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 114.452/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8/11/2012)

Conclui-se, portanto, que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

A propósito, transcreve-se trecho do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer no HC n. 149.942/MG, com a observação de que o julgamento é anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

[...] o crime de *tráfico de drogas* cuja tipificação se encontra no **art. 33, caput e § 1º, da Lei n. 11.343/2006** é, segundo **expressa disposição constitucional**

(**art. 5º, inciso XLIII**), considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (*Lei n. 8.072/90*), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.

A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena do **§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006** não se justifica.

O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, **sem qualquer ressalva** aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. *Min. Joaquim Barbosa*, DJe de 11/03/2010).

A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do delito como hediondo. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

Nessa linha, no plano doutrinário destaco **Guilherme de Souza Nucci** in “*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3ª edição. Editora RT, 2008, página 320, **in verbis**:

“(…) a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º.”

Acrescente-se, também, que a **vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** contida no próprio **§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.

Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao **homicídio privilegiado** se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao **crime contra a vida**, no **impropriamente denominado** “tráfico privilegiado”, as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.

Enfim, **a aplicação do causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.**

(Quinta Turma, DJe 3/5/2010 – grifo nosso)

Da mesma forma, o Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC n. 143.361/SP, asseverou que:

[...]

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

(Quinta Turma, DJe 8/3/2010)

No mesmo sentido, mencionam-se precedentes de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. **A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico.** Entretanto, esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

[...]

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC n. 224.038/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/11/2012 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Segundo o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por produzir consequência apenas na quantidade da pena e não na qualificação do delito, não afasta o seu caráter hediondo.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 254.139/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/11/2012 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 2. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o ‘tráfico privilegiado’ tipo autônomo.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 249.249/MG, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 30/10/2012 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas.

Ao contrário do alegado pelo agravante a análise do tema não demanda análise prova, porquanto limitada à interpretação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.116.696/MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/3/2012 – grifo nosso)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em que se alega contrariedade ao art. 2º da Lei 8.072/1990, ao argumento de que a aplicação da causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não afastaria o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas.

O tráfico de drogas, assim como a tortura e o terrorismo, é crime equiparado a hediondo, de acordo com o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e art. 2º da Lei 8.072/90.

A Lei 11.343/2006, por sua vez, ao tipificar a conduta de tráfico de drogas e afins, instituiu, em seu art. 33, § 4º, uma causa especial de redução da pena, nos seguintes termos:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Penal - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Penal - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

O delito de tráfico de drogas, como se depreende da leitura do dispositivo, está tipificado no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006. O § 4º da citada norma, por sua vez, prevê a redução das penas aplicadas ao tráfico, caso o “agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Ora, a causa de redução da pena, inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não altera a tipificação do tráfico de drogas. Ela somente permite a diminuição da pena a ser aplicada. Em outras palavras, não gera um tipo privilegiado ou qualificado do crime, o que poderia ensejar o entendimento de criação de delito autônomo, com o afastamento do caráter de hediondez.

A título de comparação, tem-se que os §§ 2º e 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ao tratarem de delitos diversos do tráfico de drogas, previram penas próprias para as condutas neles previstas, diversamente do que ocorreu

com o § 4º, que – repita-se –, apenas instituiu uma causa especial de diminuição da pena, não implicando em criação de um novo tipo penal.

Nesse contexto, a aplicação da causa de diminuição da pena, inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na condenação por tráfico de drogas, não retira o caráter hediondo da conduta.

A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é pacífica sobre o tema:

*“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EMBARGOS INFRINGENTES JULGADOS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. **INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME.** REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. NÃO CONHECIMENTO.*

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. “O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição” (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. **A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico.** Entretanto, esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, no sentido de que o juiz “na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

6. Condenada a paciente à pena de 2 dois anos e 6 meses de reclusão, por tráfico de 145,6 g de crack e 34,9 g de cocaína, não há ilegalidade na fixação, de maneira fundamentada, do regime fechado.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (STJ, HC 259.079/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 18/02/2013).

"*HABEAS CORPUS*. INDULTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. CRIME COM PENA REDUZIDA PELO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AINDA ASSIM, DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de que é incabível a concessão do indulto aos delitos hediondos ou equiparados a hediondo.

2. A circunstância de ter sido aplicado o redutor de penas previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 não descaracteriza a equiparação à hediondez do delito de tráfico de entorpecentes.

3. Ordem denegada." (STJ, HC 168.447/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 15/03/2012).

Deve-se ressaltar, por oportuno, e na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, que a equiparação do tráfico de drogas aos delitos hediondos – ainda que incidente o mencionado redutor de pena – não impede que seja fixado, ao condenado, regime inicial diverso do fechado, ou mesmo que haja a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

Ante o exposto, deve o Recurso Especial do **Parquet** ser provido.

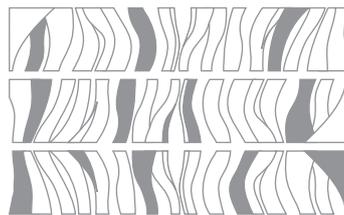
É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhora Presidente, tenho a impressão que se deu pela argüição de matéria constitucional. O Ministério Público afirma que, nesse ponto, essa Corte não seria competente.

Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

É como voto.



Súmula n. 513

SÚMULA N. 513

A *abolitio criminis* temporária prevista na Lei n. 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005.

Referências:

Lei n. 10.826/2003, arts. 30 e 32.

Lei n. 10.884/2004, art. 1º.

Lei n. 11.118/2005, art. 3º.

Lei n. 11.191/2005, art. 1º.

Precedentes:

**(*)REsp 1.311.408-RN (3ª S, 13.03.2013 – DJe 20.05.2013) –
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no

AgRg no Ag 1.306.550-RJ (5ª T, 07.11.2013 – DJe 12.11.2013)

AgRg no AREsp 311.866-MS (6ª T, 06.06.2013 – DJe 14.06.2013)

AgRg no REsp 1.308.379-RN (5ª T, 17.10.2013 – DJe 24.10.2013)

AgRg no REsp 1.361.334-MG (5ª T, 18.06.2013 – DJe 1º.07.2013)

AgRg no REsp 1.364.001-MG (6ª T, 07.05.2013 – DJe 20.05.2013)

AgRg nos

EDcl no AREsp 270.383-SC (5ª T, 19.11.2013 – DJe 27.11.2013)

HC 137.664-RJ (6ª T, 27.11.2012 – DJe 06.12.2012)

HC 181.684-RJ (6ª T, 15.08.2013 – DJe 26.08.2013)

HC 188.278-RJ (6ª T, 18.10.2011 – DJe 17.11.2011)

HC 217.403-SC (5ª T, 08.10.2013 – DJe 16.10.2013)

HC 262.894-RS (6ª T, 08.10.2013 – DJe 16.10.2013)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 11.6.2014

DJe 16.6.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.311.408-RN (2012/0061171-4)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Manoel Nunes de Oliveira

Advogado: Ana Paula dos Santos e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. POSSE DE ARMA DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA, SUPRIMIDA OU ADULTERADA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003. CONDUTA PRATICADA APÓS 23/10/2005. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticada após 23/10/2005, pois, em relação a esse delito, a *abolitio criminis* temporária cessou nessa data, termo final da prorrogação dos prazos previstos na redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003.

2. A nova redação do art. 32 da Lei n. 10.826/2003, trazida pela Lei n. 11.706/2008, não mais suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora ou instaurou uma *abolitio criminis* temporária – conforme operado pelo art. 30 da mesma lei –, mas instituiu uma causa permanente de exclusão da punibilidade, consistente na entrega espontânea da arma.

3. A causa extintiva da punibilidade, na hipótese legal, consiste em ato jurídico (entrega espontânea da arma), e tão somente se tiver havido a sua efetiva prática é que a excludente produzirá seus efeitos. Se isso não ocorreu, não é caso de aplicação da excludente.

4. Hipótese em que a prática delitiva perdurou até 22/9/2006.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 20.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto por *Manoel Nunes de Oliveira*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na Apelação Criminal n. 2010.000912-6.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Natal/RN, na Ação Penal n. 002.06.001959-1, condenou o ora recorrente como incurso nos arts. 14 e 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003.

A defesa recorreu e o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para desclassificar a conduta do art. 14 da Lei n. 10.826/2003 para aquela tipificada no art. 12 da mesma lei e reconhecer, em relação a esta conduta, a existência de *abolitio criminis* temporária. Manteve, no entanto, a condenação no tocante à prática do crime do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003.

O acórdão proferido tem a seguinte ementa (fl. 520):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/03. DESCLASSIFICAÇÃO DO PORTE ILEGAL PARA POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. ARMA APREENDIDA EM RESIDÊNCIA. VIABILIDADE. *ABOLITIO CRIMINIS*.

INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.922/2009. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO RASPADA. ART. 16, IV, DA LEI 10.826/2003. DOSIMETRIA PROCEDIDA LEGALMENTE. REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA ABSOLVIÇÃO PELO DELITO ANTERIOR E ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

Nas razões do especial, alega-se a violação dos arts. 12, *caput*, 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 e 386, III, do Código de Processo Penal, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo-se que a conduta tipificada no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003 estaria abrangida pela *abolitio criminis*, cujo termo final seria 31/12/2009, por força de sucessivas prorrogações do prazo original previsto na Lei n. 10.826/2003.

Pede-se o provimento do recurso, com a absolvição do recorrente.

Oferecidas contrarrazões (fls. 588/595), admitiu-se o recurso na origem (fls. 598/604).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Xavier Pinheiro Filho, opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 612/618).

Às fls. 620/622, proferi decisão indicando o presente recurso especial como representativo da controvérsia, a fim de que sua tramitação passasse a observar o rito estabelecido no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas as comunicações de praxe, houve nova manifestação do *Parquet* federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Rodrigues Sobrinho (fl. 725):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO COM NUMERAÇÃO RASPADA. CONDUTA EQUIPARADA A POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INAPLICABILIDADE DA *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A controvérsia de que cuida o presente recurso diz respeito ao termo final da *abolitio criminis* temporária para

o crime de posse de arma de fogo de uso restrito ou proibido, com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.

O inciso IV do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, no qual a referida conduta é capitulada, equipara a posse de arma com numeração raspada, mesmo de uso permitido, à posse de arma de uso restrito, prevista no *caput* do mesmo artigo.

A referida lei, também conhecida como Estatuto do Desarmamento, trouxe, em sua redação original, os seguintes dispositivos:

Art. 30. Os possuidores e proprietários de *armas de fogo* não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, *solicitar o seu registro* apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.

[...]

Art. 32. Os possuidores e proprietários de *armas de fogo* não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, *entregá-las* à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se de boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.

Posteriormente, a Lei n. 10.884/2004, em seu art. 1º, estabeleceu que *o termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da publicação do decreto que os regulamentar, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004.*

O Decreto n. 5.123, de 1º/7/2004, regulamentou a Lei n. 10.826/2003.

Na sequência, a Lei n. 11.118, de 19/5/2005, prorrogou os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 para 23/6/2005. Por sua vez, a Lei n. 11.191, de 10/11/2005, trouxe nova prorrogação:

Art. 1º. O termo final do prazo previsto no art. 32 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fica prorrogado até 23 de outubro de 2005.

Art. 2º. O termo final do prazo previsto no art. 30 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fica prorrogado para os residentes em áreas rurais que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência familiar, de acordo com o disposto no § 5º do art. 6º da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, por 120 (cento e vinte) dias após a publicação desta Lei.

Não houve nova dilação dos prazos.

Porém, quando já ultrapassado o termo final dos lapsos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, a Lei n. 11.706, de 19/6/2008, deu nova redação aos referidos dispositivos:

Art. 30. Os possuidores de *arma de fogo de uso permitido* ainda não registrada *deverão solicitar seu registro* até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação de origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei. [...]

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Por fim, a Lei n. 11.922/2009 (MP n. 445, de 6/11/2008) dispôs em seu art. 20:

Art. 20. Ficam prorrogados para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Feito esse breve histórico da legislação pertinente, passa-se à sua análise.

A jurisprudência desta Corte tem entendimento firme de que as regras contidas nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, bem como nas sucessivas leis que prorrogaram a vigência da redação original desses dispositivos, importaram em uma *vacatio legis* indireta das normas penais incriminadoras da *posse* ou *propriedade* de armas de fogo, tanto de uso permitido como de uso restrito. Sendo assim, enquanto não tivessem vigência, tais condutas eram consideradas atípicas, pela ocorrência de *abolitio criminis* temporária.

Contudo, como dito anteriormente, quando já ultrapassado o prazo final previsto na última prorrogação da redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 (23/10/2005), a Lei n. 11.706/2008 deu nova redação aos referidos artigos, sendo que, posteriormente, a Lei n. 11.922/2009, em seu art. 20, prorrogou o prazo previsto neste último diploma para 31/12/2009.

Deve-se se ressaltar que, em se tratando da Lei n. 11.706/2008, não houve mera prorrogação de prazo, como nas vezes anteriores. Na verdade, houve

modificação do conteúdo da lei e, por essa mesma razão, surgiram dúvidas acerca do alcance das novas disposições legais.

Para esclarecer a dimensão das novas normas, tenho que se mostra necessário fazer uma distinção entre o comando do art. 30 da Lei n. 10.826/2003 e o do art. 32 da mesma lei.

Na redação original do art. 32 da Lei n. 10.826/2003, a *abolitio criminis* era para que o proprietário ou possuidor da arma de fogo a *entregasse* à autoridade competente. No tocante ao art. 30 da mesma lei, a *abolitio criminis* era para que fosse *solicitado o registro* da arma.

A esse respeito, mencionam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSSE DE ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA (ARTS. 30 E 32 DA LEI N. 10.826/03). PERMUTA RECÍPROCA DE ARTEFATOS. CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO OU FORNECIMENTO RECÍPROCO DE ARMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. ORDEM INDEFERIDA. 1. *Os artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/03 estabeleceram um prazo para que os possuidores e proprietários de armas de fogo as regularizassem ou as entregassem às autoridades competentes, descriminalizando, temporariamente, apenas as condutas típicas de “possuir ou ser proprietário” de arma de fogo (Precedentes: HC n. 98.180/SC, 1ª Turma, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 29.8.10; HC n. 96.168/RJ, 2ª Turma, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ de 13.8.2009, entre outros)*. 2. *A doutrina do tema leciona que “a Lei n. 10.826/2003 (...) concedeu prazo para que todos os possuidores e proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita. Antes do decurso do referido lapso temporal, não se pode falar na existência do crime de posse ilegal dessas armas, presumindo-se a boa-fé, ou seja, a ausência de dolo daqueles que as possuem. Assim, tanto o art. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) como parte do art. 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) do Estatuto tiveram sua vigência condicionada ao encerramento do mencionado prazo. (...) Tal período começa em 23 de dezembro de 2003, data da entrada em vigor da maior parte da Lei n. 10.826/2003, incluindo o seu art. 36, que determinou a revogação expressa da antiga Lei de Arma de Fogo, e se encerra no dia 23 de junho de 2005 (...)” (Capez, Fernando. Estatuto do desarmamento: comentários à Lei n. 10.826, de 22.12.2003. 4ª ed. Atual – São Paulo: Saraiva, 2006, págs. 189/191)*. 3. *In casu*, debate-se se a permuta recíproca de armas entre dois indivíduos configuraria, ou não, fornecimento de arma de fogo e se poderia, ou não, ser absorvida pelo crime de posse. 4. O artigo 16 da Lei n. 10.826/03 tipifica as condutas que caracterizam a prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, não estando aí incluída a conduta “permutar”. 5. Deveras, a permuta nada mais é do que uma forma de aquisição de armas, podendo ser considerada como uma cessão ou como um

fornecimento recíproco, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta. 6. Os núcleos dos tipos penais previstos nos artigos 14 e 16 da Lei n. 10.826/03 são assim considerados pela doutrina clássica do tema: "A conduta de permutar não se encontra expressamente prevista. De ver-se, entretanto, que trocar arma de fogo por outros objetos configura ações de ceder e adquirir" (Jesus, Damásio E. de. Direito penal do desarmamento: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 49 a 51). 7. Os artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/03 descriminalizaram, temporariamente, apenas as condutas típicas de "possuir ou ser proprietário" de arma de fogo. Deveras, não é lícito estender o âmbito de incidência da *abolitio criminis* temporária, às condutas de "adquirir", "fornecer" ou "ceder" armamentos, porquanto referidas condutas só poderiam deixar de ser punidas caso fossem consumidas pela conduta "possuir". 8. A relação consuntiva, ou de absorção, ocorre quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime (de Jesus, Damásio Evangelista. Direito Penal, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, pág. 99). 9. *In casu*, a conduta "permutar" não constitui meio necessário ou fase preparatória para a execução de outro crime, ao contrário, caracteriza delito autônomo, razão pela qual não há como aplicar-se o princípio da consunção. 10. Ainda que assim não fosse, verifica-se que, com o advento da Lei n. 10.826/03 (conhecida como Estatuto do Desarmamento), a intenção do legislador foi retirar da população a disponibilidade imediata de armas de fogo, deixando de punir o indivíduo que possuísse arma até o dia 23.10.05, estimulando, portanto, o desarmamento voluntário. 11. Sob o ângulo jus-filosófico, é forçoso concluir que em período de estímulo ao desarmamento, no qual, inclusive, descriminalizou-se temporariamente o delito de posse de arma de fogo, a circulação de armas é fato tão contrário ao espírito da lei que a permuta de armas ganha contornos de tamanha gravidade a ponto de não poder ser simplesmente desconsiderada. Ordem denegada.

(HC n. 99.448/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31/5/2011 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 é para que os possuidores e proprietários armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas 'possuir ou ser proprietário' foram abolidas temporariamente. 2. Delito de posse de arma de fogo ocorrido anteriormente à vigência da Lei que instituiu a *abolitio criminis* temporária. Não cabimento da pretensão de retroação de lei benéfica. Precedente. Ordem denegada.

(HC n. 96.188/RJ, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14/8/2009)

O art. 30 da Lei n. 10.826/2003, na nova redação, continuou a prever uma *abolitio criminis* para que se procedesse à *regularização* da arma, por meio do seu *registro*. Contudo, diferentemente da redação original, mencionou expressamente que a benesse dizia respeito ao proprietário ou possuidor de *arma de fogo de uso permitido*.

A lei não contém palavras inúteis.

Pessoalmente, entendo que o legislador não deixou espaço para dúvidas no que diz respeito a *não* estarem os proprietários ou possuidores de *arma de fogo de uso restrito* abrangidos pela nova *abolitio criminis* prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/2003.

Alguma controvérsia poderia surgir, contudo, quanto aos proprietários ou possuidores de arma de uso permitido com numeração raspada ou adulterada, já que, aparentemente, estariam abrangidos pela excludente da tipicidade.

Todavia não se pode olvidar que o referido prazo foi concedido exclusivamente para que se providenciasse o *registro* da arma de fogo. A propósito, essa conclusão é ratificada pela leitura do trecho do parecer do Relator da MP n. 417/2008, apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados, ao se tratar da nova redação que seria atribuída ao art. 30 da Lei n. 10.826/2003 (grifo nosso - extraído do *site* www.camara.gov.br):

[...]

Esse dispositivo da MP 417/08, talvez o mais importante em discussão, prorroga, até 31 de dezembro de 2008, o prazo para que possuidores e proprietários de armas de fogo solicitem o correspondente *registro*, havendo a exigência de que as de procedência estrangeira tenham sido fabricadas anteriormente ao ano de 1997 para poderem ser legalizadas. A EMC 003 (um dos dispositivos) adota a redação desse dispositivo da MP 417/03, incluindo a expressão “sob pena de responsabilidade penal.” A EMC 100 também adota o dispositivo da MP em pauta, mas retira a expressão “de uso permitido”. A EMC 028 pretende o registro de armas de fogo sem necessidade de comprovação da origem, desde que tenham sido fabricadas há mais de 5 anos.

Para uma Lei que tem, entre seus objetivos, controlar o maior número possível de armas pelo registro das mesmas, parece-nos um contra-senso a restrição cronológica às arma de procedência estrangeira. Por outro lado, é inócua a expressão “sob pena de responsabilidade penal” porque aquele que for encontrado com arma não registrada incorrerá, automaticamente, em penas cominadas na própria Lei n. 10.826/2003. Mas optamos pela manutenção da expressão “de uso permitido”, pois retirá-la poderá significar a possibilidade de regularizar armas de calibre restrito na posse de particulares. [...]

Em igual sentido foi o parecer do Relator do Projeto de Lei de Conversão da MP n. 417/2008 (PLV 12/2008) no Senado Federal:

[...]

No mérito, as alterações promovidas pelo PLV n. 12, de 2008, são de todo oportunas. Podemos estruturá-las em quatro pilares básicos:

a) extensão do prazo para renovação (perante a polícia federal) dos registros de arma de fogo expedidos por órgãos estaduais sob a égide da legislação anterior. (Vide redação proposta para o art. 5º, § 3º, da Lei n. 10.826/2003);

b) melhor definição do porte de arma de fogo relativo à categoria “caçador para subsistência”, especificando-se a idade mínima, o modelo da arma de fogo e os documentos necessários à instrução do requerimento dirigido à polícia federal. (Vide redação proposta para o art. 6º, §§ 6º e 7º, da Lei n. 10.826, de 2003);

c) retomada da campanha de regularização, com a possibilidade de que todos os possuidores e proprietários possam registrar suas armas até 31 de dezembro, em condições mais favoráveis. (Vide redação proposta para o art. 30 da Lei n. 10.826, de 2003);

d) possibilidade de entrega voluntária da arma de fogo à polícia federal, a qualquer tempo, mediante indenização e presunção de boa-fé. (Vide redação proposta para o art. 32 da Lei n. 10.826, de 2003);

A adotar essas medidas no sentido de adaptar as exigências legais à realidade brasileira, o PLV preocupou-se em não criar obstáculos formais e econômicos à regularização das armas. Assim, a proposição *sub examine*, fruto de intensas negociações na Câmara dos Deputados, foi tomada pelo espírito de desburocratizar o registro da arma de fogo. É que não adianta colocar exigências extremamente rigorosas na lei, porque, depois, os índices de registro perante os órgãos competentes serão medíocres.

Logo, o PLV viu-se obrigado a rever a tabela de taxas originalmente prevista no Anexo da Lei n. 10.826, de 2003, que cobrava valores inviáveis. Os novos parâmetros são bem mais razoáveis com o padrão econômico da população brasileira. Não bastasse, até 31 de dezembro, o registro pode ser feito de forma gratuita, como também a renovação de registro estadual.

Em complemento, o PLV contempla inclusive a concessão, pela internet, de um registro provisório, sempre no intuito de facilitar e motivar a regularização.

Todas as outras alterações propostas, já relatadas na primeira parte do presente relatório, convergem para os objetivos acima declarados, não merecendo nenhum reparo. [...]

(Diário do Senado Federal de 29/5/2008, págs. 17.096/17.097 – grifo nosso)

Como se verifica, o escopo do prazo concedido pela nova redação do art. 30 da Lei n. 10.826/2003 era permitir a regularização das armas, por meio do registro. No entanto, *arma com o número de série adulterado ou suprimido não é passível de regularização*, já que impossibilitada de ser registrada.

Destarte, o art. 15, II, *j*, do Decreto n. 5.123/2004 estabelece como um dos requisitos para o registro o “número de série gravado no cano da arma”.

Conclui-se, portanto, que, *não sendo viável a regularização, por meio do registro, da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida ou raspada, o seu possuidor ou proprietário não pode ser beneficiado com a abolitio criminis temporária prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/2003, com a redação atribuída pela Lei n. 11.706/2008.*

Em outras palavras, *a suspensão da vigência da norma incriminadora, pela vacatio legis indireta, introduzida pela Lei n. 11.706/2008, abrangia apenas a conduta de possuir armas de uso permitido, desde que passíveis de regularização, permanecendo típica a conduta de possuir armas de uso restrito ou de uso permitido com numeração raspada ou adulterada.*

Poderia se questionar, ainda, se a nova regra do art. 32 da Lei n. 10.826/2003 afastaria a possibilidade de *persecutio criminis*, já que, a qualquer tempo, se houvesse a entrega *espontânea* da arma do qual era possuidor, seria excluída a punição decorrente do crime de posse irregular de arma de fogo.

Não se pode olvidar que o objetivo principal da Lei n. 10.826/2003 é reduzir a quantidade de armas em circulação no País, como se extrai do próprio nome “Estatuto do Desarmamento”. Em razão disso, criou o legislador um meio jurídico para que, a qualquer tempo, o possuidor da arma de fogo de uso permitido, em situação irregular, procedesse à sua devolução, sem que enfrentasse problemas com a Justiça criminal.

Nesse contexto, a nova redação do art. 32 da Lei n. 10.826/2003 não mais suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora ou instaurou uma *abolitio criminis* temporária – conforme operado pelo art. 30 da mesma lei –, mas instituiu uma causa permanente de exclusão da punibilidade, consistente na entrega *espontânea* da arma.

De maneira diversa da *abolitio criminis* temporária ou da *vacatio legis* indireta, em que os efeitos da norma incriminadora são temporariamente suspensos, com efeitos *erga omnes*, de modo que a conduta não é típica se praticada nesse período, a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 32 da

Lei n. 10.826/2003 não tem o condão de excluir a tipicidade em caráter geral. Na verdade, a sua existência pressupõe a ocorrência anterior do crime, pois, se este não existisse, nem sequer haveria punibilidade a ser extinta.

Nesse sentido:

É certo que, quando alguém pratica determinada infração penal, o Estado sofre, mesmo que indiretamente, com esse tipo de comportamento, devendo, outrossim, punir o infrator para que este não volte a delinquir (efeito preventivo especial da pena), bem como para que os demais cidadãos não o tomem como exemplo (efeito preventivo geral da pena) e venham também a praticar crimes em virtude da sensação de impunidade que gera quando alguém, mesmo tendo transgredido a lei penal editada formalmente pelo Estado, não sofre qualquer reprimenda.

Entretanto, também é certo que o Estado, em determinadas situações previstas expressamente em seus diplomas legais, pode abrir mão ou mesmo perder esse direito de punir. Mesmo que, em tese, tenha ocorrido uma infração penal, por questões de política criminal, o Estado pode, em algumas situações por ele previstas expressamente, entender por bem em não fazer o seu *ius puniendi*, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de *extinção da punibilidade*.

Deve ser frisado que quando nos referimos a causa de extinção da punibilidade estamos diante de dados que não interferem na infração penal em si, mas, sim, que a existência desses dados pode impedir que o Estado, mesmo existindo a infração penal, seja impedido de exercitar seu direito de punir.

(GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 7ª ed. vol. IV, Niterói: Ed. Impetus, 2011, pág. 710 – grifo nosso)

Ainda, se aplicada ao art. 32 da Lei n. 10.826/2003 a catalogação criada por José Frederico Marques, o ato de entrega espontânea da arma seria classificado como sendo um ato jurídico cuja prática levaria à extinção da punibilidade.

A esse respeito, transcreve-se lição do eminente doutrinador:

[...]

A extinção da punibilidade pode provir de atos ou de fatos jurídicos. Se a causa da derrelição do *jus puniendi* residir em fato natural ou humano, a extinção da punibilidade resultará de um *fato jurídico extintivo*. Provindo a extinção de ato humano voluntário dirigido a esse fim, sua causa residirá, então, em *ato jurídico extintivo*. [...]

(MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1ª ed. atual. vol. III. Campinas: Ed. Millenium, 2000, pág. 485)

Nesse contexto, não se pode admitir que, já sendo crime a conduta de possuir arma de fogo, pois ultrapassado o prazo da *abolitio criminis*, seja extinta a punibilidade porque o possuidor *poderia* ter entregue espontaneamente a arma, mas não o fez.

Como visto, se a causa extintiva da punibilidade, na hipótese legal, consiste em ato jurídico (entrega espontânea da arma), tão somente se tiver havido a sua efetiva prática é que a excludente produzirá seus efeitos.

Essa parece ser a *mens legis* que deu origem ao dispositivo, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito, também extraído do parecer do Relator do Projeto de Lei de Conversão da MP n. 417/2008 (PLV 12/2008), no Senado Federal:

[...]

Como ressalva, um comentário sobre a polêmica tese da descriminalização da posse de arma de fogo em razão do art. 32 da Lei n. 10.826, de 2003. Temia-se que a possibilidade de entrega, a qualquer tempo, da arma de fogo mediante indenização e presunção da boa fé fosse entendida como uma estratégia de descriminalização, na linha de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Ciente dessa disputa jurídica, o PLV utiliza, no art. 32 da Lei n. 10.826, de 2003, a expressão “ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma”. Desse modo, não se poderá alegar que a posse ilegal de arma de fogo foi descriminalizada, pois o que se admitiu, tecnicamente, foi a “extinção da punibilidade” pela entrega voluntária.

Noutras palavras: se, ao cumprir um mandado de busca e apreensão domiciliar, a polícia encontrar uma arma de fogo na registrada no interior da residência, o crime subsiste. A causa de extinção da punibilidade só incidirá se o interessado voluntariamente entregar a arma de fogo, buscando por iniciativa própria a polícia federal. [...]

(Diário do Senado Federal de 29/5/2008, pág. 17.097 – grifo nosso)

Sendo assim, é típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração adulterada ou raspada cuja prática delitiva teve fim em 22/9/2006, pois, em relação a esse delito, a *abolitio criminis* temporária cessou em 23/10/2005, termo final das prorrogações dos prazos previstos na redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003. Além disso, não tendo havido a entrega espontânea da arma, não é caso de aplicação da excludente de punibilidade.

Mencionam-se precedentes de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PATENTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não é razoável que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Não sendo o caso de patente ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

2. A Sexta Turma, a partir do julgamento do HC n. 188.278/RJ, passou a entender que a *abolitio criminis*, para a posse de armas e munições de uso permitido, restrito, proibido ou com numeração raspada, tem como data final o dia 23 de outubro de 2005.

2. Dessa data até 31 de dezembro de 2009, somente as armas/munições de uso permitido (com numeração hígida) e, pois, registráveis, é que estiveram abarcadas pela *abolitio criminis*.

3. Desde 24 de outubro de 2005, as pessoas que possuam munições e/ou armas de uso restrito, proibido ou com numeração raspada, podem se beneficiar de extinção da punibilidade, desde que, voluntariamente, façam a entrega do artefato.

4. Na espécie, o ora paciente foi flagrado, em 01/12/2007, por guardar em sua casa uma arma de fogo (um revólver Taurus, calibre 38) com numeração suprimida, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, sem entregá-la à Polícia Federal voluntariamente para efeito de registro, não podendo, portanto, se beneficiar da exclusão do crime (*abolitio criminis* temporária) e nem da específica extinção da punibilidade.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 137.664/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJE 6/12/2012 - grifo nosso)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR AS ARMAS APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Segundo orientação desta Corte, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis

10.884/04, 11.118/05 e 11.191/05, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005.

2. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n. 417, convertida na Lei n. 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas de uso restrito ou de numeração raspada.

3. No caso dos autos, os Recorridos foram denunciados por possuírem e manterem sob suas guardas armas de fogo e munições de uso restrito, no dia 25 de setembro de 2008, momento em que já não era mais possível a entrega do armamento sem incorrer em infração legal. Portanto, deve a conduta atribuída aos Recorridos ser considerada típica.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, afastada a tese de atipicidade da conduta prevista na Lei 10.826/03, determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das apelações interpostas pelos Recorridos.

(REsp n. 1.251.476/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/5/2012)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Como relatado pelo eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, cinge-se a controvérsia à incidência da *abolitio criminis* temporária – prevista na Lei 10.826/2003, e prorrogada pelas Leis 11.706/2008 e 11.922/2009, até o dia 31/12/2009 – à conduta de possuir arma de fogo com número identificador raspado ou suprimido, tipificada no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003, perpetrada em 22/09/2006.

A Lei 10.826/2003, ao instituir prazo para a regularização do registro de armas de fogo, resultou em uma *vacatio legis* indireta, tornando atípica, desde 23/12/2003, a conduta de posse de arma de fogo, seja de uso permitido ou restrito. Esta descriminalização teve seu prazo prorrogado pelas Leis 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, até o dia 23/10/2005. Ocorre que as Leis 11.706/2008 e 11.922/2009, ao prorrogarem, até o dia 31/12/2009, o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, excluíram da benesse as armas de uso restrito, proibido ou de numeração raspada.

Nesse contexto, a *abolitio criminis*, no que tange à posse de armas e munições de uso restrito, proibido ou com número identificador raspado ou

suprimido, teve seu termo final em 23/10/2005. A partir dessa data, a atipicidade restringiu-se à conduta de posse de arma de fogo de uso permitido.

De fato, a partir do julgamento do HC 188.278/RJ, de relatoria do Ministro OG FERNANDES (DJe de 17/11/2011), a 6ª Turma, seguindo a orientação firmada pela 5ª Turma do STJ, passou a adotar o entendimento de que as Leis 11.706/2008 e 11.922/2009, ao prorrogarem, até o dia 31/12/2009, o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não abrangeram as armas de uso restrito ou de numeração raspada ou suprimida.

A propósito, reporto-me às considerações do eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, em voto-vista, proferido na oportunidade do julgamento do HC 188.278/RJ, *in verbis*:

“A jurisprudência desta Corte tem entendimento firme de que as regras contidas nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, bem como nas sucessivas leis que prorrogaram a vigência da redação original desses dispositivos, importaram em uma *vacatio legis* indireta das normas penais incriminadoras da *posse* ou *propriedade* de armas de fogo, tanto de uso permitido como de uso restrito. Sendo assim, enquanto não tivessem vigência, tais condutas eram consideradas atípicas, pela ocorrência de *abolitio criminis* temporária.

Contudo, como dito anteriormente, quando já ultrapassado o prazo final previsto na última prorrogação da redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 (23/10/2005), a Lei n. 11.706/2008 deu nova redação aos referidos artigos.

Deve-se se ressaltar que, aqui, não se cuidou de mera prorrogação de prazo, como nas vezes anteriores. Na verdade, houve modificação do conteúdo da lei e, por essa mesma razão, surgiram dúvidas acerca do alcance das novas disposições legais.

Para esclarecer a dimensão das novas normas, tenho que se mostra necessário fazer uma distinção entre o comando do art. 30 da Lei n. 10.826/2003 e o do art. 32 da mesma lei.

Na redação original do art. 32 da Lei n. 10.826/2003, a *abolitio criminis* era para que o proprietário ou possuidor da arma de fogo a *entregasse* à autoridade competente. No tocante ao art. 30 da mesma lei, a *abolitio criminis* era para que fosse *solicitado o registro* da arma.

A esse respeito, mencionam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSSE DE ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA (ARTS. 30 E 32 DA LEI N. 10.826/03). PERMUTA RECÍPROCA DE ARTEFATOS. CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO OU

FORNECIMENTO RECÍPROCO DE ARMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. ORDEM INDEFERIDA. 1. *Os artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/03 estabeleceram um prazo para que os possuidores e proprietários de armas de fogo as regularizassem ou as entregassem às autoridades competentes, descriminalizando, temporariamente, apenas as condutas típicas de “possuir ou ser proprietário” de arma de fogo (Precedentes: HC n. 98.180/SC, 1ª Turma, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 29.8.10; HC n. 96.168/RJ, 2ª Turma, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ de 13.8.2009, entre outros).* 2. *A doutrina do tema leciona que “a Lei n. 10.826/2003 (...) concedeu prazo para que todos os possuidores e proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita. Antes do decurso do referido lapso temporal, não se pode falar na existência do crime de posse ilegal dessas armas, presumindo-se a boa-fé, ou seja, a ausência de dolo daqueles que as possuam. Assim, tanto o art. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) como parte do art. 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) do Estatuto tiveram sua vigência condicionada ao encerramento do mencionado prazo. (...) Tal período começa em 23 de dezembro de 2003, data da entrada em vigor da maior parte da Lei n. 10.826/2003, incluindo o seu art. 36, que determinou a revogação expressa da antiga Lei de Arma de Fogo, e se encerra no dia 23 de junho de 2005 (...)” (Capez, Fernando. Estatuto do desarmamento: comentários à Lei n. 10.826, de 22-12-2003. 4ª ed. Atual – São Paulo: Saraiva, 2006, págs. 189/191).* 3. *In casu, debate-se se a permuta recíproca de armas entre dois indivíduos configuraria, ou não, fornecimento de arma de fogo e se poderia, ou não, ser absorvida pelo crime de posse.* 4. *O artigo 16 da Lei n. 10.826/03 tipifica as condutas que caracterizam a prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, não estando aí incluída a conduta “permutar”.* 5. *Deveras, a permuta nada mais é do que uma forma de aquisição de armas, podendo ser considerada como uma cessão ou como um fornecimento recíproco, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta.* 6. *Os núcleos dos tipos penais previstos nos artigos 14 e 16 da Lei n. 10.826/03 são assim considerados pela doutrina clássica do tema: “A conduta de permutar não se encontra expressamente prevista. De ver-se, entretanto, que trocar arma de fogo por outros objetos configura ações de ceder e adquirir” (Jesus, Damásio E. de. Direito penal do desarmamento: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 49 a 51).* 7. *Os artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/03 descriminalizaram, temporariamente, apenas as condutas típicas de “possuir ou ser proprietário” de arma de fogo. Deveras, não é lícito estender o âmbito de incidência da abolitio criminis temporária, às condutas de “adquirir”, “fornecer” ou “ceder” armamentos, porquanto referidas condutas só poderiam deixar de ser punidas caso fossem consumidas pela conduta*

“possuir”. 8. A relação consuntiva, ou de absorção, ocorre quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime (de Jesus, Damásio Evangelista. Direito Penal, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, pág. 99). 9. *In casu*, a conduta “permutar” não constitui meio necessário ou fase preparatória para a execução de outro crime, ao contrário, caracteriza delito autônomo, razão pela qual não há como aplicar-se o princípio da consunção. 10. Ainda que assim não fosse, verifica-se que, com o advento da Lei n. 10.826/03 (conhecida como Estatuto do Desarmamento), a intenção do legislador foi retirar da população a disponibilidade imediata de armas de fogo, deixando de punir o indivíduo que possuísse arma até o dia 23.10.05, estimulando, portanto, o desarmamento voluntário. 11. Sob o ângulo jus-filosófico, é forçoso concluir que em período de estímulo ao desarmamento, no qual, inclusive, descriminalizou-se temporariamente o delito de posse de arma de fogo, a circulação de armas é fato tão contrário ao espírito da lei que a permuta de armas ganha contornos de tamanha gravidade a ponto de não poder ser simplesmente desconsiderada. Ordem denegada.

(HC n. 99.448/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31/5/2011 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 é para que os possuidores e proprietários armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas ‘possuir ou ser proprietário’ foram abolidas temporariamente. 2. Delito de posse de arma de fogo ocorrido anteriormente à vigência da Lei que instituiu a *abolitio criminis* temporária. Não cabimento da pretensão de retroação de lei benéfica. Precedente. Ordem denegada.

(HC n. 96.188/RJ, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14/8/2009)

O art. 30 da Lei n. 10.826/2003, na nova redação, continuou a prever uma *abolitio criminis* para que se procedesse à *regularização* da arma, por meio do seu *registro*. Contudo, diferentemente da redação original, mencionou expressamente que a benesse dizia respeito ao proprietário ou possuidor de *arma de fogo de uso permitido*.

A lei não contém palavras inúteis.

Pessoalmente, entendo que o legislador não deixou espaço para dúvidas no que diz respeito a *não* estarem os proprietários ou possuidores de *arma de fogo de uso restrito* abrangidos pela nova *abolitio criminis* prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/2003.

Alguma controvérsia poderia surgir, contudo, quanto aos proprietários ou possuidores de arma de uso permitido com numeração raspada ou adulterada, já que, aparentemente, estariam abrangidos pela excludente da tipicidade.

Todavia não se pode olvidar que o referido prazo foi concedido exclusivamente para que se providenciasse o registro da arma de fogo. A propósito, essa conclusão é ratificada pela leitura do trecho do parecer do Relator da MP n. 417/2008, apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados, ao se tratar da nova redação que seria atribuída ao art. 30 da Lei n. 10.826/2003 (grifo nosso - extraído do site www.camara.gov.br):

[...]

Esse dispositivo da MP 417/08, talvez o mais importante em discussão, prorroga, até 31 de dezembro de 2008, o prazo para que possuidores e proprietários de armas de fogo solicitem o correspondente *registro*, havendo a exigência de que as de procedência estrangeira tenham sido fabricadas anteriormente ao ano de 1997 para poderem ser legalizadas. A EMC 003 (um dos dispositivos) adota a redação desse dispositivo da MP 417/03, incluindo a expressão “sob pena de responsabilidade penal.” A EMC 100 também adota o dispositivo da MP em pauta, mas retira a expressão “de uso permitido”. A EMC 028 pretende o registro de armas de fogo sem necessidade de comprovação da origem, desde que tenham sido fabricadas há mais de 5 anos.

Para uma Lei que tem, entre seus objetivos, controlar o maior número possível de armas pelo registro das mesmas, parece-nos um contra-senso a restrição cronológica à arma de procedência estrangeira. Por outro lado, é inócua a expressão “sob pena de responsabilidade penal” porque aquele que for encontrado com arma não registrada incorrerá, automaticamente, em penas cominadas na própria Lei n. 10.826/2003. Mas optamos pela manutenção da expressão “de uso permitido”, pois retirá-la poderá significar a possibilidade de regularizar armas de calibre restrito na posse de particulares.

[...]

Em igual sentido foi o parecer do Relator do Projeto de Lei de Conversão da MP n. 417/2008 (PLV 12/2008) no Senado Federal (grifo nosso):

[...]

No mérito, as alterações promovidas pelo PLV n. 12, de 2008, são de todo oportunas. Podemos estruturá-las em quatro pilares básicos:

a) extensão do prazo para renovação (perante a polícia federal) dos registros de arma de fogo expedidos por órgãos estaduais sob a égide da legislação anterior. (Vide redação proposta para o art. 5º, § 3º, da Lei n. 10.826/2003);

b) melhor definição do porte de arma de fogo relativo à categoria “caçador para subsistência”, especificando-se a idade mínima, o modelo da arma de fogo e os documentos necessários à instrução do requerimento dirigido à polícia federal. (Vide redação proposta para o art. 6º, §§ 6º e 7º, da Lei n. 10.826, de 2003);

c) retomada da campanha de regularização, com a possibilidade de que todos os possuidores e proprietários possam registrar suas armas até 31 de dezembro, em condições mais favoráveis. (Vide redação proposta para o art. 30 da Lei n. 10.826, de 2003);

d) possibilidade de entrega voluntária da arma de fogo à polícia federal, a qualquer tempo, mediante indenização e presunção de boa-fé. (Vide redação proposta para o art. 32 da Lei n. 10.826, de 2003);

A adotar essas medidas no sentido de adaptar as exigências legais à realidade brasileira, o PLV preocupou-se em não criar obstáculos formais e econômicos à regularização das armas. Assim, a proposição *sub examine*, fruto de intensas negociações na Câmara dos Deputados, foi tomada pelo espírito de desburocratizar o registro da arma de fogo. É que não adianta colocar exigências extremamente rigorosas na lei, porque, depois, os índices de registro perante os órgãos competentes serão medíocres.

Logo, o PLV viu-se obrigado a rever a tabela de taxas originalmente prevista no Anexo da Lei n. 10.826, de 2003, que cobrava valores inviáveis. Os novos parâmetros são bem mais razoáveis com o padrão econômico da população brasileira. Não bastasse, até 31 de dezembro, o registro pode ser feito de forma gratuita, como também a renovação de registro estadual.

Em complemento, o PLV contempla inclusive a concessão, pela internet, de um registro provisório, sempre no intuito de facilitar e motivar a regularização.

Todas as outras alterações propostas, já relatadas na primeira parte do presente relatório, convergem para os objetivos acima declarados, não merecendo nenhum reparo.

[...]

(Diário do Senado Federal de 29/5/2008, pp. 17096/17097)

Como se verifica, o escopo do prazo concedido pela nova redação do art. 30 da Lei n. 10.826/2003 era permitir a regularização das armas, por meio do registro. No entanto, arma com o número de série adulterado ou suprimido não é passível de regularização, já que impossibilitada de ser registrada.

Destarte, o art. 15, II, j, do Decreto n. 5.123/2004 estabelece como um dos requisitos para o registro o “número de série gravado no cano da arma”.

Conclui-se, portanto, que, não sendo viável a regularização, por meio do

registro, da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida ou raspada, o seu possuidor ou proprietário não pode ser beneficiado com a abolitio criminis temporária prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/2003, com a redação atribuída pela Lei n. 11.706/2008.

Em outras palavras, a suspensão da vigência da norma incriminadora, pela vacatio legis indireta, introduzida pela Lei n. 11.706/2008, abrangia apenas a conduta de possuir armas de uso permitido, desde que passíveis de regularização, permanecendo típica a conduta de possuir armas de uso restrito ou de uso permitido com numeração raspada ou adulterada”.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

“DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PATENTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não é razoável que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Não sendo o caso de patente ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

2. A Sexta Turma, a partir do julgamento do HC n. 188.278/RJ, passou a entender que a *abolitio criminis*, para a posse de armas e munições de uso permitido, restrito, proibido ou com numeração raspada, tem como data final o dia 23 de outubro de 2005.

2. Dessa data até 31 de dezembro de 2009, somente as armas/munições de uso permitido (com numeração hígida) e, pois, registráveis, é que estiveram abarcadas pela *abolitio criminis*.

3. Desde 24 de outubro de 2005, as pessoas que possuam munições e/ou armas de uso restrito, proibido ou com numeração raspada, podem se beneficiar de extinção da punibilidade, desde que, voluntariamente, façam a entrega do artefato.

4. Na espécie, o ora paciente foi flagrado, em 01/12/2007, por guardar em sua casa uma arma de fogo (um revólver Taurus, calibre 38) com numeração suprimida, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, sem entregá-la à Polícia Federal voluntariamente para efeito de registro, não podendo, portanto, se beneficiar da exclusão do crime (*abolitio criminis* temporária) e nem da específica extinção da punibilidade.

5. *Habeas corpus* não conhecido” (STJ, HC 137.664/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 06/12/2012).

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. CRIME DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03. EXAME PERICIAL QUE DETECTOU O NÚMERO DE SÉRIE. IRRELEVÂNCIA. TIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. A conduta relativa à posse ilegal de arma de fogo uso permitido com numeração raspada, praticada em 29 de junho de 2007, subsume-se, em tese, ao crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento.

2. É imprópria a desclassificação do delito, sob o fundamento de que exame pericial “químico-metalográfico” revelou o número de série do armamento então apreendido.

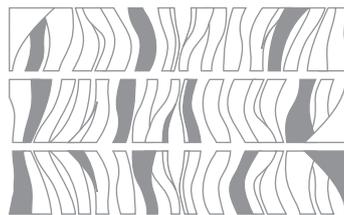
3. Segundo orientação desta Corte, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005.

4. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n. 417, convertida na Lei n. 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas de uso restrito ou de numeração raspada, como no caso dos autos.

5. Recurso provido” (STJ, REsp 1.328.023/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

Acompanho, pois, o voto do Relator, o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, para negar provimento ao Recurso Especial, por entender que não incide a *abolitio criminis* temporária – prevista na Lei 10.826/2003, e prorrogada pelas Leis 11.706/2008 e 11.922/2009, até o dia 31/12/2009 – à conduta de possuir arma de fogo com número identificador raspado ou suprimido, tipificada no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003, cometida após 23/10/2005.

É como voto.



Súmula n. 514

SÚMULA N. 514

A CEF é responsável pelo fornecimento dos extratos das contas individualizadas vinculadas ao FGTS dos Trabalhadores participantes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, inclusive para fins de exibição em juízo, independentemente do período em discussão.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Regulamento Consolidado do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, art. 24, baixado pelo Decreto n. 99.684/1990.

Precedentes:

(*)REsp	1.108.034-RN	(1ª S, 28.10.2009 – DJe 25.11.2009) – acórdão publicado na íntegra
(*)EDcl no REsp	1.108.034-RN	(1ª S, 25.05.2011 – DJe 1º.06.2011)
AgRg no Ag	1.111.695-RS	(1ª T, 19.11.2009 – DJe 30.11.2009)
AgRg no REsp	580.432-PE	(2ª T, 11.03.2008 – DJe 26.03.2008)
AgRg no REsp	1.141.624-PR	(1ª T, 06.11.2012 – DJe 13.11.2012)
AgRg no REsp	1.162.798-RS	(2ª T, 16.04.2013 – DJe 22.04.2013)
AgRg no REsp	1.175.088-RS	(1ª T, 16.03.2010 – DJe 29.03.2010)
AgRg nos EDcl no REsp	1.340.168-PR	(2ª T, 16.04.2013 – DJe 08.05.2013)
EDcl no Ag	1.054.769-SP	(1ª T, 04.11.2008 – DJe 17.12.2008)
REsp	887.658-PE	(2ª T, 20.03.2007 – DJ 11.04.2007)
REsp	1.256.089-RS	(2ª T, 28.06.2011 – DJe 03.08.2011)

(*) Recursos repetitivos.

Primeira Seção, em 14.8.2014

DJe 18.8.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.108.034-RN (2008/0266485-3)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Maria das Graças de Oliveira Carvalho e outro(s)

Recorrido: Miguel Pereira Filho

Advogado: Carolina de Souza Campos e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO – FGTS – APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO – EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS – RESPONSABILIDADE DA CEF – PRECEDENTES.

1. O entendimento reiterado deste Tribunal é no sentido de que a responsabilidade pela apresentação dos extratos analíticos é da Caixa Econômica Federal - enquanto gestora do FGTS -, pois tem ela total acesso a todos os documentos relacionados ao Fundo e deve fornecer as provas necessárias ao correto exame do pleiteado pelos fundistas.

2. Idêntico entendimento tem orientado esta Corte nos casos em que os extratos são anteriores a 1992, nas ações de execução das diferenças de correção monetária das contas do FGTS. A responsabilidade é exclusiva da CEF, ainda que, para adquirir os extratos, seja necessário requisitá-los aos bancos depositários, inclusive com relação aos extratos anteriores à migração das contas que não tenham sido transferidas à CEF.

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

“Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Luiz Fux (voto-vista) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 25.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, com fundamento no artigo 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional da 5ª região, o qual reconheceu que compete à CEF, na qualidade de agente operadora do FGTS, centralizar os recursos das contas fundiárias e, em consequência, controlar os extratos analíticos, sendo seu o ônus de carrear para os autos tais documentos.

O acórdão possui a seguinte ementa (fl. 162):

“Processual Civil. Agravo contra Decisão Monocrática. FGTS. Apresentação dos extratos, inclusive os anteriores à migração. Ônus da Caixa Econômica Federal. Agravo Improvido.”

Alega a recorrente que o acórdão negou vigência ao art. 12 da Lei n. 8.036/90, bem como diverge de entendimento do STJ. Assevera que a citada lei teria fixado que a CEF somente assumiria o controle das contas vinculadas após um ano da sua promulgação, iniciando-se tal migração gradativamente, a partir de maio/91, e que, portanto, só dispõe dos extratos dos períodos posteriores à centralização das contas, ou seja, a partir de maio/91, e somente daqueles fundistas que não haviam ainda efetuado o saque antes da migração; e que compete à autora providenciar os extratos do período anterior à centralização

das contas perante os bancos depositários, na conformidade do disposto no art. 23, do Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto n. 99.684/90.

Decorrido *in albis* o prazo para oferecimento de contrarrazões, conforme certidão de fl. 192, subiram os autos após exame de admissibilidade positivo.

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 193/194).

Parecer do Ministério Público Federal que opina pelo parcial conhecimento do recurso especial, e, na parte conhecida, pelo não-provimento.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O Tribunal de origem adotou posição no sentido de que *“é razoável a obrigação da Caixa Econômica em apresentar os extratos das contas do FGTS, uma vez que detém poderes administrativos de requisitar e materialmente colher os dados dos bancos originalmente depositários. Além do mais, o art. 10 da Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, reafirmou a obrigação, já existente, de os bancos depositários fornecerem as informações relativas ao período anterior à migração das contas à Caixa Econômica Federal.”*

É entendimento reiterado deste Tribunal no sentido de que a responsabilidade pela apresentação dos extratos analíticos é da Caixa Econômica Federal - enquanto gestora do FGTS -, pois tem ela total acesso a todos os documentos relacionados ao Fundo e deve fornecer as provas necessárias ao correto exame do pleiteado pelos fundistas.

Idêntico entendimento tem orientado esta Corte nos casos em que os extratos são anteriores a 1992, nas ações de execução das diferenças de correção monetária das contas do FGTS. A responsabilidade é exclusiva da CEF, ainda que, para adquirir aqueles, seja necessário requisitá-los aos bancos depositários, inclusive com relação aos extratos anteriores à migração das contas que não tenham sido transferidas à CEF.

Nesse sentido, os precedentes a seguir colacionados:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECONSIDERAÇÃO DE DECISÃO QUE NEGOU CONHECIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE TRASLADO DE PEÇA OBRIGATÓRIA. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CONTAS VINCULADAS. APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS DAS CONTAS VINCULADAS. ÔNUS DA CEF.

(...)

2. A responsabilidade pela apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS, mesmo em se tratando de período anterior a 1992, é, por força de lei, da Caixa Econômica Federal, gestora do fundo.

3. A argumentação trazida pela CEF referente à impossibilidade da apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS correspondentes ao período anterior a 1992, por não dispor dos mesmos, não altera sua obrigação de exibi-los em juízo. Isso porque o Decreto 99.684/90, na parte em que regulamenta a migração das contas para a gestão da CEF, estabelece no seu artigo 24 que os bancos depositários devem informar detalhadamente à empresa pública toda a movimentação ocorrida no período anterior à transferência.

Sendo a agente operadora do Fundo, é ela a detentora da prerrogativa legal de exigir dos bancos depositários os extratos, bem como de exibi-los no prazo imposto pelo Poder Judiciário. Se o fato depender do terceiro, caberá à entidade o manejo da ação própria, não podendo esse ônus ser imputado ao fundista.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.”

(EDcl no Ag 1.054.769/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 17.12.2008.)

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – FGTS – APLICAÇÃO DE JUROS PROGRESSIVOS – COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS DAS CONTAS VINCULADAS – ENCARGO QUE RECAI SOBRE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

1. Cabe à CEF provar se houve ou não a aplicação da taxa progressiva de juros na atualização dos saldos das contas vinculadas do FGTS, mediante apresentação dos extratos respectivos.

2. Recurso especial a que se NEGA PROVIMENTO.”

(REsp 988.127/PE, Rel. Juiz convocado Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, julgado em 17.4.2008, DJe 13.5.2008.)

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – FGTS – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS DAS CONTAS VINCULADAS – ÔNUS DA CEF – ART. 604, § 1º DO CPC.

1. Para fins de elaboração da memória de cálculo indispensável à execução do julgado, cabe à CEF a apresentação dos extratos das contas vinculadas do FGTS, nos termos do art. 604, § 1º do CPC

2. Com a Lei 8.036/90, as contas foram centralizadas pela CEF, tendo determinado o art. 24 do Decreto 99.684/90 que o banco depositário, na ocasião da migração das contas, deveria informar à CEF, de forma detalhada, a movimentação relativa ao último contrato de trabalho.

3. No período anterior à migração, excepcionada a situação descrita no mencionado art. 24 do Decreto 99.684/90, a responsabilidade pelo fornecimento de tais extratos é do banco depositário.

4. Como a CEF é agente operadora do Fundo, tem ela a prerrogativa de exigir dos bancos depositários os extratos necessários e, no caso de resistência, requerer ao magistrado sejam compelidos os responsáveis a exibir os documentos em juízo.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.”

(REsp 887.658/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.3.2007, DJ 11.4.2007, p. 235.)

“FGTS. CONTAS VINCULADAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ARTIGO 332 DO CPC E 29-C, DA LEI N. 8.036/90, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA MP N. 2.164-41. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. ARTIGO 520, V, DO CPC. APLICAÇÃO. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO STJ. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS. RESPONSABILIDADE DA CEF, COMO GESTORA DO FGTS.

(...)

4. Compete à Caixa Econômica Federal, na qualidade de gestora e centralizadora dos recursos relativos ao FGTS, emitir regularmente extratos das contas vinculadas e apresentá-los nos autos do processo de execução quando requisitados pelo juiz, ex vi do disposto no art. 604, § 1º, do CPC, sob pena de ser reputada litigante de má-fé por opor resistência injustificada ao andamento do processo e de serem reputados corretos os cálculos apresentados pelo credor.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.”

(REsp 852.530/CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 6.2.2007, p. 292.)

Outrossim, a juntada dos referidos extratos é essencial à própria segurança jurídica da CEF, porquanto necessários não só para a averiguação do saldo de cada credor, mas também para que se proceda aos eventuais descontos referentes aos valores porventura pagos pela instituição bancária. Assim, não se admite a interpretação no sentido de que os credores têm a obrigação de buscar os documentos pelos meios disponibilizados pela CEF.

De mais a mais, consoante se verifica das normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, com o advento da centralização das contas vinculadas para a Caixa Econômica Federal, obrigatoriamente, ocorreu a escrituração contábil e a conseqüente transferência das informações à gestora do FGTS, do que se extrai ser improvável a ausência de documentação alegada.

A título de reforço, o teor do artigo 24 do Decreto n. 99.684, que consolidou as normas regulamentares do FGTS:

“Art. 24. Por ocasião da centralização das contas na CEF, caberá ao banco depositário emitir o último extrato das contas vinculadas sob sua responsabilidade, que deverá conter, inclusive, o registro dos valores transferidos e a discriminação dos depósitos efetuados na vigência do último contrato de trabalho.”

Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica, à espécie, o enunciado da Súmula 83/STJ, *verbis*: “*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*”

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial, mas lhe nego provimento.

Tratando-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão devidamente publicado, aos Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC; bem como à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08.

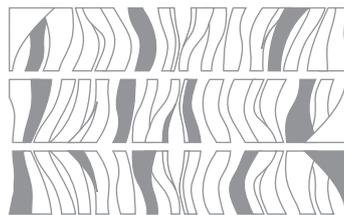
É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luiz Fux: À luz das ponderações expendidas, acompanho o voto do E. Relator pelos seus próprios fundamentos.

Conheço em parte do recurso especial da Caixa Econômica Federal - CEF e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como voto.



Súmula n. 515

SÚMULA N. 515

A reunião de execuções fiscais contra o mesmo devedor constitui faculdade do Juiz.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 6.830/1980, art. 28.

Precedentes:

(*)REsp	1.158.766-RJ	(1ª S, 08.09.2010 – DJe 22.09.2010) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no Ag	288.003-SP	(2ª T, 18.05.2000 – DJ 1º.08.2000)
AgRg no REsp	609.066-PR	(1ª T, 21.09.2006 – DJ 19.10.2006)
AgRg no REsp	859.661-RS	(2ª T, 02.10.2007 – DJ 16.10.2007)
AgRg no REsp	1.186.059-RS	(1ª T, 15.02.2011 – DJe 22.02.2011)
REsp	62.762-RS	(2ª T, 21.11.1996 – DJ 16.12.1996)
REsp	399.657-SP	(2ª T, 16.02.2006 – DJ 22.03.2006)
REsp	1.125.387-SP	(1ª T, 08.09.2009 – DJe 08.10.2009)
REsp	1.125.670-SP	(2ª T, 05.08.2010 – DJe 17.08.2010)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 14.8.2014

DJe 18.8.2014

RECURSO ESPECIAL N. 1.158.766-RJ (2009/0194618-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Agrolite S/A Cimento e Amianto

Advogado: Sem Representação nos Autos

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CUMULAÇÃO SUPERVENIENTE. REUNIÃO DE VÁRIAS EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA O MESMO DEVEDOR. ART. 28 DA LEI 6.830/80. FACULDADE DO JUIZ.

1. A reunião de processos contra o mesmo devedor, por conveniência da unidade da garantia da execução, nos termos do art. 28 da Lei 6.830/80, é uma faculdade outorgada ao juiz, e não um dever. (Precedentes: *REsp 1.125.387/SP*, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 08/10/2009; *AgRg no REsp 609.066/PR*, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 19/10/2006; *EDcl no AgRg no REsp 859.661/RS*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJ 16/10/2007; *REsp 399.657/SP*, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 22/03/2006; *AgRg no Ag 288.003/SP*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2000, DJ 01/08/2000; *REsp 62.762/RS*, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/1996, DJ 16/12/1996)

2. O artigo 28, da Lei 6.830/80, dispõe:

*"Art. 28 - O Juiz, a requerimento das partes, **poderá**, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor."*

3. A cumulação de demandas executivas é medida de economia processual, objetivando a prática de atos únicos que aproveitem a mais de um processo executivo, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 573 do CPC c/c art. 28, da Lei 6.830/80, quais sejam: *(i)* identidade das partes nos feitos a serem reunidos; *(ii)* requerimento de pelo menos uma das partes (Precedente: REsp 217.948/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 02/05/2000) ; *(iii)* estarem os feitos em fases processuais análogas; *(iv)* competência do juízo.

4. Outrossim, a Lei de Execução Fiscal impõe como condição à reunião de processos a conveniência da unidade da garantia, vale dizer, que haja penhoras sobre o mesmo bem efetuadas em execuções contra o mesmo devedor, vedando, dessa forma, a cumulação sucessiva de procedimentos executórios, de modo que é defeso à Fazenda Pública requerer a distribuição de uma nova execução, embora contra o mesmo devedor, ao juízo da primeira.

5. Não obstante a possibilidade de reunião de processos, há que se distinguir duas situações, porquanto geradoras de efeitos diversos: *(i)* a cumulação inicial de pedidos (títulos executivos) em uma única execução fiscal, por aplicação subsidiária das regras dos arts. 292 e 576 do CPC, em que a petição inicial do executivo fiscal deve ser acompanhada das diversas certidões de dívida ativa; *(ii)* a cumulação superveniente, advinda da cumulação de várias ações executivas (reunião de processos), que vinham, até então, tramitando isoladamente, consoante previsão do art. 28, da Lei 6.830/80.

6. A cumulação de pedidos em executivo fiscal único revela-se um direito subjetivo do exequente, desde que atendidos os pressupostos legais. (Precedentes: REsp 1.110.488/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 988.397/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 01/09/2008; REsp 871.617/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 14/04/2008)

7. Ao revés, a reunião de diversos processos executivos, pela dicção do art. 28, da LEF, ressoa como uma faculdade do órgão jurisdicional, não se tratando de regra cogente, máxime em face do necessário juízo de conveniência ou não da medida, o que é aferível casuisticamente.

8. O Sistema Processual Brasileiro, por seu turno, assimila esse poder judicial de avaliação da cumulação de ações, como se observa no litisconsórcio recusável *ope legis* (art. 46, parágrafo único do CPC) e na cumulação de pedidos (art. 292 e parágrafos do CPC).

9. *In casu*, restou assentada, no voto condutor do acórdão recorrido, a inobservância aos requisitos autorizadores da cumulação de demandas executivas, *verbis*:

“O julgador de piso fundamentou sua decisão no fato de que o número excessivo de executivos fiscais, em fases distintas, importará em tumulto no processamento dos mesmos, verbis:

*“Tendo em vista o número excessivo de executivos fiscais com **fases distintas**, conforme informação de fl. 37/44, indefiro o pedido de reunião dos feitos pela dificuldade que causaria ao processamento dos mesmos.”*

Não há qualquer demonstração, por parte da exequente, de que todas as ações se encontram na mesma fase procedimental, de modo que, em juízo de cognição sumária, se afigura correta a decisão do magistrado.”

10. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 22.9.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por União Federal, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 2ª Região, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DE PROCESSOS CONTRA O MESMO DEVEDOR. FACULDADE DO JUIZ. ARTIGO 28 DA LEI N. 6.830/80.

1. A reunião de processos contra o mesmo devedor, por conveniência da unidade da garantia da execução, não é um dever do magistrado, e sim uma faculdade.

2. A reunião das inscrições para fins de averiguação do montante exequendo não importa em reunião das ações de execução, na medida em que essa decisão fica adstrita à conveniência do julgador em cotejo com a fase processual de cada execução.

3. Embora não afirmado pela LEF, a reunião de feitos subordina-se também a se encontrarem em fases processuais análogas. Caso contrário, não atenderia os desígnios da disposição legal sob exame o apensamento de autos de processos já em fase de praxeamento de bens, a um outro em que não houvesse, ainda, julgamento dos embargos interpostos, qualquer que fosse a data da distribuição deles.

4. Agravo de instrumento improvido.

Noticiam os autos que a recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de reunião dos feitos, ao argumento de que o número excessivo de executivos fiscais dificultaria o seu processamento. Requereu a União federal a reunião dos processos, com o escopo de dar cumprimento ao art. 20, da Lei 10.522/2002, cujo § 4º ressalva o arquivamento das execuções fiscais de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, quando a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas for superior a esse montante.

O Tribunal Regional negou provimento ao agravo, nos termos da ementa retrotranscrita.

Nas razões recursais, alegou-se violação dos arts. 28, da LEF e 620 do CPC, porquanto, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processual (que também restaram malferidos), quando atendidos os requisitos do art. 28 da LEF, há de proceder o juízo ao apensamento de executivos judiciais diversos contra o mesmo devedor, sendo exceção a essa regra as execuções em que tenham sido ajuizados embargos à execução, o que não ocorre no caso presente. Ao inverso, encontram-se presentes os pressupostos autorizadores da medida. Ademais, o art. 620 do CPC impõe que a execução se dê de modo menos gravoso ao credor. Alegou, ainda, que “a medida pugnada tem suporte também no art. 20, § 4º, da Lei n. 10.522/2002, propiciando a cobrança de todas as dívidas abaixo de R\$ 10.000,00 de forma única, o que somente pode ocorrer quando reunidos os executivos fiscais.”

Não foi aberto prazo para contra-razões ante a inexistência de relação processual regularmente estabelecida no processo principal.

Parecer do MPF às fls. 98/105, opinando pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. Pedido de reunião de execuções fiscais movidas contra o mesmo devedor formulado pela Fazenda Nacional. Acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela União, para manter a decisão que indeferiu o pedido em comento. Recurso especial fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal. Alegação de violação ao art. 28 da Lei 6.830/80 bem como ao art. 620 do CPC e aos princípios da economia e celeridade processual. Não ocorrência. Possibilidade de reunião de várias execuções fiscais propostas em razão do mesmo devedor desde que haja requerimento das partes e o Juiz entenda ser conveniente para a garantia da execução. Inteligência do art. 28 da Lei n. 6.830/80. A reunião dos executivos fiscais todavia não é um dever do magistrado mas sim uma faculdade legal posta a seu alcance. Precedentes jurisprudenciais dessa Colenda Corte. No caso dos autos, o pedido foi indeferido sob o fundamento de que havia um número excessivo de executivos fiscais em fases distintas. Revolvimento de provas. Inviabilidade por força da Súmula STJ 07. Ausência de ilegalidade. Parecer pelo não provimento do recurso especial ora examinado, resultando na manutenção do acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do apelo, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a constituir uma faculdade ou um dever do magistrado a reunião de diversas demandas executivas fiscais, a pedido de uma das partes.

O artigo 28, da lei 6.830/80, dispõe:

*"Art. 28 - O Juiz, a requerimento das partes, **poderá**, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor."*

Deveras, a cumulação de demandas executivas é medida de economia processual, objetivando a prática de atos únicos que aproveitem a mais de um processo executivo, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 573 do CPC c/c art. 28, da Lei 6.830/80, quais sejam: *(i) identidade das partes nos feitos a serem reunidos; (ii) requerimento de pelo menos uma das partes*

(Precedente: REsp 217948/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 02/05/2000) ;
(iii) estarem os feitos em fases processuais análogas; (iv) competência do juízo.

Outrossim, a Lei de Execução Fiscal impõe como condição à reunião de processos a conveniência da unidade da garantia, vale dizer, que haja penhoras sobre o mesmo bem efetuadas em execuções contra o mesmo devedor.

Não obstante a possibilidade de reunião de processos, há que se distinguir duas situações, porquanto geradoras de efeitos diversos: (i) a cumulação inicial de pedidos em uma única execução fiscal, por aplicação subsidiária das regras dos arts. 292 e 576 do CPC, em que a petição inicial do executivo fiscal deve ser acompanhada das diversas certidões de dívida ativa; (ii) a cumulação superveniente, advinda da cumulação de várias ações executivas, que vinham, até então, tramitando isoladamente, consoante previsão do art. 28, da Lei 6.830/80.

Quanto ao primeiro inciso, a cumulação de pedidos, ou de CDAs, em executivo fiscal único revela-se um direito subjetivo do exequente, desde que atendidos os pressupostos legais. Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CUMULAÇÃO DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA EM UMA ÚNICA EXECUÇÃO FISCAL. DIVERSIDADE DE NATUREZA DOS VALORES EXECUTADOS. POSSIBILIDADE. ART. 573 DO CPC E ART. 28 DA LEI N. 6.830/80. PRECEDENTES.

1. *Hipótese em que o acórdão recorrido, considerando a natureza distinta dos valores executados, determinou o desmembramento da execução fiscal, com intuito de evitar-se tumulto processual e não dificultar a defesa do executado.*

2. *O artigo 28 da Lei n. 6.830/80 dispõe que "o Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor". E o art. 573 do CPC dispõe que "é lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para elas seja competente o juiz e idêntica seja a forma do processo".*

3. *No caso dos autos, verifica-se que não há razão para a não aplicação das disposições do art. 573 do CPC e do art. 28 da Lei n. 6.830/80, ainda mais considerando o fato de que o executado sequer se manifestou nos autos.*

4. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.110.488/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009)

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - MULTIPLICIDADE DE CDAS - POSSIBILIDADE - PREJUÍZO À DEFESA DO EXECUTADO: INEXISTÊNCIA - OTIMIZAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA JUDICIÁRIA.

1. *Presentes a identidade de devedor e de procedimento, além da competência do magistrado para todas as execuções, possível a cumulação de títulos executivos num mesmo processo de execução.*

Inteligência da Súmula 27/STJ.

2. *A reunião num mesmo feito executivo de várias CDAs contendo tributos diversos, porém decorrentes de um mesmo fato jurídico, v.g. a omissão de rendimentos, facilita a defesa do executado, na medida em que desconstituído o lançamento matriz, a conclusão se estende aos lançamentos reflexos.*

3. *Favorece o princípio da menor onerosidade a concentração de CDAs numa mesma execução porque o executado submete seu patrimônio a uma única penhora, concentra sua defesa em único embargo à execução e, se sucumbente, pagará apenas uma verba de sucumbência.*

4. *A concentração de títulos executivos numa mesma execução fiscal, ademais, otimiza a utilização da mão-de-obra judiciária, dispensando-a da prática de atos processuais repetitivos de idêntica finalidade.*

5. *Recurso especial provido.*

(REsp 988.397/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 01/09/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS EXECUTIVAS. ART. 573 DO CPC. SÚMULA 27 DO STJ. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO EM RELAÇÃO ÀS EXECUÇÕES REMANESCENTES.

1. *O acordo de parcelamento de créditos tributários (art. 151, VI, do CTN), bem como a extinção destes mediante o respectivo pagamento (art. 156, I, do CTN), não têm o condão de ensejar a extinção do processo executivo fiscal, porquanto, nos termos do art. 573 do CPC, é legítima a cumulação de demandas executivas em um mesmo processo, sendo factível o prosseguimento do processo em relação às execuções remanescentes.*

2. *Coexistência de 53 ações, consubstanciando uma cumulação de executivos fiscais em um único processo executivo, no qual se exigem créditos tributários de IPTU relativos a 53 imóveis diversos pertencentes ao mesmo sujeito passivo, sendo que, durante o trâmite processual, houve sucessivas petições da exequente para extinção de algumas ações executivas pelo pagamento dos respectivos créditos tributários e suspensão do processo em relação ao parcelamento de outros.*

3. *A cumulação de demandas executivas é admissível contra o mesmo devedor, consoante a dicção do art. 573, do CPC, verbis: "É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para toas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo." 4. Essa também a ratio essendi da Súmula 27 do STJ: "Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio".*

5. Em importante sede doutrinária: “A cumulação de execuções é possível desde que respeitados os requisitos previstos no art. 573 do Código de Processo Civil.

(...) Verifica-se, pela leitura do artigo de lei acima transcrito, que a cumulação de demandas executivas é possível quando são as mesmas as partes em todas as demandas. Não deve o intérprete, porém, se impressionar com o fato de a lei fazer referência a que seja o “mesmo o devedor”. Não significa isto dizer que fica proibida a cumulação nos processos em que haja litisconsórcio. Basta pensar, por exemplo, num caso em que alguém seja credor de dois títulos executivos, em que figuram como devedoras (ou como responsáveis) as mesmas pessoas (Estado e Município, por exemplo).

O segundo requisito da cumulação de demandas executivas é a competência do juízo. Isto porque, obviamente, só se pode admitir a cumulação quando o mesmo juízo é competente para todas as execuções.

Fica, assim, inviabilizada a cumulação de demandas executivas quando fundadas ambas em títulos judiciais, pois a competência para a execução, neste caso, é do juízo onde se desenvolveu o módulo processual cognitivo de cunho condenatório. Sendo esta a a competência de caráter funcional, é a mesma inderrogável, o que impede a cumulação (além do que a execução de sentença se desenvolve nos mesmos autos do módulo processual de conhecimento).

Além disso, é perfeitamente possível a cumulação de demandas executivas fundadas em títulos extrajudiciais, ou ainda a cumulação de uma demanda fundada em título judicial com outra que tenha por base título extrajudicial (e, também aqui, será competente o juízo onde se formou o título executivo judicial).

O terceiro requisito de admissibilidade da cumulação de demandas executivas é, nos expressos termos do art. 573 do Código de Processo Civil, que seja “idêntica a forma do processo”. Significa isto dizer que só é possível a cumulação de demandas executivas quando todas as demandas cumuladas darão origem a uma mesma espécie de execução.” (Alexandre Freitas Câmara, in *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. II, Ed. Lumen Juris, p. 433/434) 4. Destarte, verifica-se que, in casu, todos os requisitos do art. 573 do CPC foram devidamente observados, viabilizando o ajuizamento da ação executiva tal qual efetuado, máxime porque a causa de suspensão da exigibilidade relativa aos créditos tributários referentes a alguns dos imóveis objeto de parcelamento (art. 151, VI, do CTN), bem como a causa de extinção do crédito tributário mediante o pagamento (art. 156, I, do CTN), ocorreram posteriormente à propositura do executivo fiscal.

5. In casu, das várias ações, algumas foram extintas, outras objeto de desistência por parte da Exeqüente, e outras, ainda, suspensas, devendo o Juízo prosseguir na análise das demais execuções remanescentes, sem cogitar-se em extinção do processo.

6. A cumulação implica o dever de o juiz de efetivar todas as ações executivas cumuladas, sob pena de incidir em error in procedendo.

(Precedentes: REsp 687.476/SP, DJ 23.04.2007; REsp 255.406/RJ, DJ 01.07.2004; REsp 160.037/RS, DJ 16.02.2004) 7. Recurso especial provido.

(REsp 871.617/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 14/04/2008)

Nessa primeira hipótese, encarta-se a alegação da recorrente de que “a medida pugnada tem suporte também no art. 20, § 4º, da Lei n. 10.522/2002, propiciando a cobrança de todas as dívidas abaixo de R\$ 10.000,00 de forma única, o que somente pode ocorrer quando reunidos os executivos fiscais.” Dessume-se, portanto, a impertinência do argumento ao caso *sub judice*, que se coaduna com a hipótese adiante elucidada.

Ao revés, a reunião de diversos processos executivos, pela dicção do art. 28, da LEF, ressoa como uma faculdade do órgão jurisdicional, não se tratando de regra cogente, máxime em face do necessário juízo de conveniência ou não da medida, o que é aferível casuisticamente.

À guisa de exemplo, precedentes desta Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. REUNIÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA O MESMO DEVEDOR. ART. 28 DA LEI 6.830/80. FACULDADE DO JUIZ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. “A reunião de processos contra o mesmo devedor por conveniência da unidade da garantia da execução, nos termos do art. 28 da Lei 6.830/80, não é um dever do Juiz, e sim uma faculdade. Precedentes citados: AgRg no Ag 288.003/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 1º.8.2000, p. 250; REsp 62.762/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 16.12.1996, RT 739/212.” (AgRg no REsp 609.066/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 19/10/2006 p. 240)

2. O Sistema Processual Brasileiro, por seu turno assimila esse poder judicial de avaliação da cumulação de ações, como se observa no litisconsórcio recusável (art. 46, parágrafo único do CPC) e na cumulação de pedidos (art. 292 e parágrafos do CPC).

3. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1.125.387/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 08/10/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA - CONEXÃO - EXISTÊNCIA DE ANTERIOR JULGAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA - SÚMULA 235/STJ - IMPOSSIBILIDADE DE REUNIÃO DOS PROCESSOS - EXECUÇÕES FISCAIS - MESMO DEVEDOR - REUNIÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE PARCIALMENTE PROVIDO - AGRAVO REGIMENTAL.

1. Não merece prosperar o agravo regimental, porquanto as razões elencadas pela agravante são incapazes de infirmar o entendimento exarado na decisão agravada.

2. Impõe-se o não-conhecimento do recurso especial quanto as apontadas violações dos arts. 103, 105, 265, IV, a, do CPC e 40, da LEF. Não basta a mera indicação dos dispositivos supostamente violados, pois as razões do recurso especial devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais a agravante visa reformar o decisum. Aplicação da Súmula 284/STF.

3. A posição adotada pelo acórdão recorrido, em relação à conexão das execuções fiscais movidas contra a recorrente com a ação ordinária proposta com a finalidade discutir o débito em questão, encontra-se em consonância à Súmula 235/STJ, diante da realização do julgamento desta ação ordinária.

4. A reunião de execuções fiscais movidas contra o mesmo devedor é perfeitamente possível, sendo admitida por esta Corte, nos termos do art. 28, da LEF.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 859.661/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJ 16/10/2007 p. 356)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. APENSAMENTO DE PROCESSOS CONTRA O MESMO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. ART. 28 DA LEI N. 6.830/80.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é plenamente possível o apensamento dos processos de execução fiscal propostos contra o mesmo devedor, nos termos do art. 28 da Lei n. 6.830/80.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 399.657/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 22/03/2006 p. 156)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO DE REUNIÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA O MESMO DEVEDOR. PEDIDO NÃO-CONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS POR TER SIDO FORMULADO SEM ESPECIFICAÇÃO DOS PROCESSOS QUE SE PRETENDIA REUNIR. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Nas razões de recurso especial, a Fazenda Nacional invoca contrariedade ao art. 28 da Lei 6.830/80, sustentando que a reunião de processos é um dever do magistrado, e não uma faculdade; contudo, em nenhum momento a recorrente demonstra que teria indicado ao Juiz os demais executivos fiscais porventura ajuizados contra os mesmos devedores. Sabe-se que, por se tratar de um recurso de fundamentação vinculada, a inexistência de ataque específico e direto à causa de decidir veiculada em última instância desautoriza o juízo positivo de admissibilidade do especial. Desse modo, o conhecimento do recurso encontra óbice na aplicação analógica do princípio enunciado na Súmula 283 do STF, do seguinte teor: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

2. Consoante a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, a reunião de processos contra o mesmo devedor por conveniência da unidade da garantia da execução, nos termos do art. 28 da Lei 6.830/80, não é um dever do Juiz, e sim uma faculdade. Precedentes citados: AgRg no Ag 288.003/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 1º.8.2000, p. 250; REsp 62.762/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 16.12.1996, RT 739/212.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 609.066/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 19/10/2006 p. 240)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - REUNIÃO DE PROCESSOS CONTRA O MESMO DEVEDOR - FACULDADE DO JUIZ - AGRAVO IMPROVIDO.

1. O juiz pode, com fundamento no art. 28 da Lei n. 8.630/80, reunir os processos executivos fiscais contra o mesmo devedor.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 288.003/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2000, DJ 01/08/2000 p. 250)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DE PROCESSOS CONTRA O MESMO DEVEDOR: FACULDADE DO JUIZ. RECURSO PROVIDO.

I - A REUNIÃO DOS PROCESSOS EXECUTIVOS FISCAIS CONTRA O MESMO DEVEDOR CONSTITUI FACULDADE OUTORGADA AO JUIZ, E NÃO OBRIGATORIEDADE.

II - INTELIGENCIA DO "CAPUT" DO ART. 28 DA LEI 6.830/1980.

III - PRECEDENTE DO EXTINTO TFR: AC 112.362/PE.

IV - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, SEM DISCREPANCIA.

(REsp 62.762/RS, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/1996, DJ 16/12/1996 p. 50.829)

A corroborar esse entendimento, verifica-se que o Sistema Processual Brasileiro, por seu turno, assimila esse poder judicial de avaliação da cumulação de ações, como se observa no litisconsórcio recusável *ope legis* (art. 46, parágrafo único do CPC) e na cumulação de pedidos (art. 292 e parágrafos do CPC).

In casu, não se revela possível o pleito da exequente, porquanto restou assentada, no voto condutor do acórdão recorrido, a inobservância aos requisitos autorizadores da cumulação de demandas executivas, *verbis*:

"O julgador de piso fundamentou sua decisão no fato de que o número excessivo de executivos fiscais, em fases distintas, importará em tumulto no processamento dos mesmos, verbis:

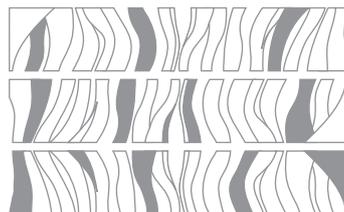
*“Tendo em vista o número excessivo de executivos fiscais com **fases distintas**, conforme informação de fl. 37/44, indefiro o pedido de reunião dos feitos pela dificuldade que causaria ao processamento dos mesmos.”*

Não há qualquer demonstração, por parte da exequente, de que todas as ações se encontram na mesma fase procedimental, de modo que, em juízo de cognição sumária, se afigura correta a decisão do magistrado.”

Ex positis, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.



Súmula n. 516

SÚMULA N. 516

A contribuição de intervenção no domínio econômico para o Incra (Decreto-Lei n. 1.110.1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.

Referências:

CF/1988, art. 149.
LC n. 11/1971.
CPC, art. 543-C.
Lei n. 7.787/1989.
Lei n. 8.212/1991.
Lei n. 8.213/1991.
Lei n. 8.383/1991.
Decreto-Lei n. 1.110/1970.

Precedentes:

EREsp	681.120-SC	(1ª S, 27.09.2006 – DJ 06.11.2006)
EREsp	639.418-DF	(1ª S, 11.04.2007 – DJ 23.04.2007)
EREsp	724.789-RS	(1ª S, 09.05.2007 – DJ 28.05.2007)
EREsp	770.451-SC	(1ª S, 27.09.2006 – DJ 11.06.2007)
EREsp	615.576-PR	(1ª S, 27.06.2007 – DJ 20.08.2007)
AgRg nos EREsp	805.166-PR	(1ª S, 08.08.2007 – DJ 20.08.2007)
AgRg nos EREsp	883.059-PR	(1ª S, 12.09.2007 – DJ 1º.10.2007)
(*)REsp	977.058-RS	(1ª S, 22.10.2008 – DJe 10.11.2008) – acórdão publicado na íntegra
AgRg nos EREsp	838.050-PR	(1ª S, 12.11.2008 – DJe 1º.12.2008)
AgRg nos EREsp	1.007.538-GO	(1ª S, 23.09.2009 – DJe 1º.10.2009)
AgRg nos EREsp	963.711-GO	(1ª S, 09.12.2009 – DJe 1º.02.2010)

AgRg nos EAgr 598.818-SC (1ª S, 26.05.2010 – DJe 18.06.2010)
AgRg nos EREsp 780.030-GO (1ª S, 13.10.2010 – DJe 03.11.2010)
AgRg na AR 5.001-PE (1ª S, 10.10.2012 – DJe 16.10.2012)
AgRg nos EDcl no
AgRg no REsp 887.604-RS (1ª T, 12.06.2007 – DJ 02.08.2007)
REsp 954.168-MG (1ª T, 06.09.2007 – DJ 04.10.2007)
AgRg no REsp 933.600-RS (1ª T, 18.08.2009 – DJe 21.09.2009)
AgRg no Ag 1.428.747-MT (1ª T, 03.05.2012 – DJe 25.05.2012)
AgRg no REsp 1.154.644-SC (1ª T, 21.06.2012 – DJe 28.06.2012)
AgRg no AREsp 504.123-SP (1ª T, 10.06.2014 – DJe 18.06.2014)
REsp 935.325-RS (2ª T, 25.09.2007 – DJ 05.10.2007)
EDcl no
AgRg no REsp 1.037.439-RJ (2ª T, 18.06.2009 – DJe 1º.07.2009)
REsp 952.062-RS (2ª T, 03.08.2010 – DJe 24.08.2010)
REsp 886.018-PR (2ª T, 05.08.2010 – DJe 1º.09.2010)
AgRg no Ag 1.178.683-RS (2ª T, 19.08.2010 – DJe 28.09.2010)
AgRg no REsp 1.224.968-AL (2ª T, 07.06.2011 – DJe 10.06.2011)
AgRg no REsp 1.065.742-PR (2ª T, 14.05.2013 – DJe 21.05.2013)
AgRg no AREsp 433.203-SP (2ª T, 20.02.2014 – DJe 07.03.2014)
AgRg no AREsp 524.736-SP (2ª T, 26.08.2014 – DJe 03.09.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 25.2.2015

DJe 2.3.2015

RECURSO ESPECIAL N. 977.058-RS (2007/0190356-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Repr. por: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA

Procurador: Valdez Adriani Farias e outro(s)

Recorrido: Unimed Vale dos Sinos Cooperativa de Trabalho Médico

Advogado: Airtom P Paim Junior e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. ADICIONAL DE 0,2%. NÃO EXTINÇÃO PELAS LEIS 7.787/89, 8.212/91 E 8.213/91. LEGITIMIDADE.

1. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

2. Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

3. A Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de Contribuição de Intervenção Estatal no Domínio Econômico, coexistente com a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo *nomen juris*.

4. A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são amazonicamente distintas, e *a fortiori*, infungíveis para fins de compensação tributária.

5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o *thema iudicandum*, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

6. O princípio da legalidade, aplicável *in casu*, indica que não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c art. 97 do CTN).

7. A evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

8. Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.

9. Consequentemente, resta inequívoca dessa evolução, constante do teor do voto, que: (a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do Prorural; (b) a Previdência Rural só foi extinta pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a unificação dos regimes de previdência; (c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) – destinada ao Incra – não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.

10. Sob essa ótica, à míngua de revogação expressa e inconciliável a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações *sub iudice*, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

11. Interpretação que se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

12. Recursos especiais do Incra e do INSS providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 10.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recursos especiais interpostos pelo INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - Incra e INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fulcro no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Carta Magna, para adversar acórdão prolatado pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fls. 273):

“CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DE 0,2 AO INCRA. LEGITIMIDADE ATIVA. MATRIZ E FILIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. INSS E INCRA. PRESCRIÇÃO. LC N. 118/2005. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO. RESTITUIÇÃO PELO INCRA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS.

Os estabelecimentos da matriz e das filiais são considerados, para fins fiscais, como entes autônomos, possuindo legitimidade para demandar isoladamente em juízo, tratando-se de tributo cujo fato gerador operou-se de forma individualizada, como no presente caso.

Nos casos em que se discute a inexigibilidade e a ilegalidade da contribuição adicional ao INCRA, afigura-se incindível a relação jurídica entre a mencionada autarquia e o INSS, porquanto são, respectivamente, destinatária dos recursos e órgão arrecadador e fiscalizador da contribuição combatida, dependendo a eficácia da sentença da participação de ambos no processo, a exigir a formação do litisconsórcio necessário.

O prazo prescricional só começa a fluir após a conclusão do procedimento administrativo de lançamento. E em se tratando de tributo sujeito a regime de lançamento por homologação, o marco inicial do prazo prescricional é a própria homologação, expressa ou tácita, quando efetivamente se tem por constituído o crédito tributário. Sendo assim, enquanto não concretizada a homologação do lançamento pelo Fisco, ou ainda não decorrido o prazo de cinco anos a que se refere o parágrafo 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, não há falar em prescrição, só cogitável passados cinco anos da homologação.

O disposto no artigo 3º da LC n. 118/2005 se aplica tão-somente às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, já que não pode ser considerado interpretativo, mas, ao contrário, vai de encontro à construção jurisprudencial pacífica sobre o tema da prescrição havida até a publicação desse normativo.

A contribuição adicional ao INCRA (0,2%), instituída pela Lei n. 2.613/55 e mantida pelo Decreto-lei n. 1.146/70, restou extinta com o advento da Lei n. 8.212/91, consoante entendimento adotado pela 1ª Seção desta Corte, independente de se tratar de empresas urbanas ou rurais.

A contribuição para o INCRA não comporta, por sua natureza, a transferência do encargo financeiro, sendo inaplicáveis as modificações impostas pelas Leis n. 9.032/95 e 9.129/95 no par. 1º do art. 89 da Lei n. 8.212/91.

Incabível a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de contribuição adicional ao INCRA, no percentual de 0,2%, na modalidade de compensação, ou seja, na forma da Lei n. 8.383/1991, porquanto além de inexistir contribuição da mesma espécie e destinação legal correspondente a período subsequente, não há correspondência entre credor e devedor a viabilizar o encontro de contas. Resguardado o direito à repetição do indébito pela via do precatório.

Cumpridamente ao INCRA a restituição do indébito, porquanto o INSS tem responsabilidade tão-somente pela arrecadação e fiscalização da contribuição em tela, cujos valores são recolhidos ao cofre do instituto destinatário.

Correção monetária pelos índices da UFIR, de janeiro de 1992 até 31/12/1995, e da SELIC (a partir de 1º/01/1996), que substitui a indexação monetária e os juros. Aplicável também a Súmula n. 162 do STJ.

Verba honorária alterada para o percentual de 10% sobre o valor da condenação, devendo ser suportada na proporção de 30% pelo INSS e de 70% pelo INCRA, bem assim as custas processuais."

Relata-se nos autos que a UNIMED VALE DOS SINOS SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. ajuizou, em 02.04.2004, ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, cumulada com pedido de repetição de indébito, em face do Incra e do INSS. Pleiteou a entidade cooperativa o reconhecimento de suposta ilegalidade da cobrança da contribuição social devida ao Incra, instituída pela Lei n. 2.613,

de 23 de setembro de 1955 e mantida pelo Decreto-Lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970, que teria sido revogada pela Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 e a repetição dos valores indevidamente pagos.

O Juízo da 1ª Vara Federal de Novo Hamburgo - SJ/RS, instruiu os autos e julgou procedente o pedido (fls. 225/227) para desobrigar a autora e suas filiais do recolhimento da referida contribuição social, assegurando, ainda, a devolução dos montantes pagos e não prescritos. Condenou, ainda, a sucumbente ao pagamento de custas e verba honorária no importe de 10% do valor da causa.

Após a oposição de embargos de declaração pelo Incra (fls. 231/231), parcialmente acolhido para rever o prazo de prescrição (fls. 253/254), o INSS interpôs recurso de apelação (fls. 232/252), alegando sua ilegitimidade passiva para e repetição do indébito, defendendo a exigibilidade da contribuição ao Incra e a impossibilidade de compensação dos créditos devidos por este último com as contribuições pagas ao INSS.

Conforme acima transcrito, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento à apelação do INSS, para reconhecer sua ilegitimidade em relação à restituição de indébito, que seria obrigação concernente ao Incra e deu parcial provimento à remessa oficial, para afastar a legitimidade ativa das filiais da autora para a ação e ainda modificou a verba honorária fixada na sentença (fls. 226/273 verso).

Ao acórdão, a UNIMED VALE DOS SINOS opôs embargos de declaração (fls. 276/278), que restaram rejeitados (fls. 309/310).

Irresignados, o INSS e o Incra aduzem, em suas razões (fls. 281/300 e 314/334), a violação do art. 6º, § 4º da Lei 2.613/55, 1º e 3º do DL n. 1.146/70, 15, II da LC n. 11, de 25 de maio de 1971, 3º da Lei 7.787, de 30 de junho de 1989, 11, 22, 23 e 105, todos da Lei 8.212/91. Informam que a arrecadação em comento é destinada ao custeio de programas de colonização e reforma agrária, de interesse de toda a coletividade, constituindo-se, em verdade, de contribuição de intervenção do domínio econômico. Asseveram que a aludida contribuição se encontra inserida no conceito de tributo, sendo devida por todos os empregadores, urbanos ou rurais, tendo por base de cálculo o total de salários pagos e fato gerador a ação de efetuar pagamentos.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 368/371.

O crivo de admissibilidade restou acostado às fls. 379/380.

Os autos foram recebidos por esta Corte em 15.08.07 (fls. 384).

Consoante despacho de fls. 386, reconheceu-se a existência de multiplicidade de recursos a respeito da matéria versada no processo, deflagrando-se o procedimento previsto no art. 543-C, do CPC, e do art. 2º, § 1º da Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008, do STJ. Em razão disso, determinou-se a vista dos autos ao Ministério Público, para pronunciamento, a comunicação do teor do referido despacho aos demais Ministros da Primeira Seção do STJ e a suspensão do julgamento dos recursos especiais atinentes à mesma matéria.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela legitimidade da contribuição social instituída em benefício do Incra, mesmo após a edição da Lei n. 8.212/91 (fls. 402/408), suscitando precedente desta Corte Superior, estabelecido no EREsp n. 681.120/SC, de relatoria do e. Ministro Castro Meira.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço dos recursos especiais, porquanto devidamente prequestionada a matéria federal nele ventilada.

Com efeito, razão assiste ao Incra e INSS acerca da higidez da referida contribuição (adicional de 0,2%), o que implica na ausência de direito à repetição de indébito pelo contribuinte e, conseqüentemente, torna prejudicadas as demais questões suscitadas.

DA EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA (ADICIONAL DE 0,2%)

Ante o novel entendimento esposado pela Primeira Seção desta Corte no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 770.451/SC, ocorrido em 27.09.2006, em que se sagrou vencedora a tese vertida pelo e. Ministro Castro Meira.

Na oportunidade, a i. Ministra Eliana Calmon, no bojo de voto-vogal, assim se pronunciou acerca do tema:

“(…) O meu pronunciamento tem como base recente voto-vista proferido pelo Ministro Teori Zavascki no EREsp 681.180/SC na sessão de 22/03/2006. Sua Excelência, na oportunidade, posicionou-se em favor da compensação, após elaboração de um longo voto, cujas conclusões podem ser assim resumidas: 1) a contribuição para o INCRA, oriunda da Lei 2.613/55 (art. 6º, § 4º), pelo DL 1.146/70 dividiu-se entre o INCRA

e o FUNRURAL - Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural; 2) com a LC 11/71, criado o PRORURAL - Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, passou o FUNRURAL a compor a receita do novo programa, até que veio a ser extinto, juntamente com a contribuição para o INCRA, pela Lei 7.787/89; 3) a contribuição destinada ao INCRA, desde a sua instituição, sempre teve por finalidade o financiamento de prestações e serviços relacionados à previdência, à assistência e à saúde do trabalhador rural; 4) viabiliza-se assim a compensação entre as contribuições ao INCRA e as contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS.

Louvo o voto do Ministro Teori Zavascki, o qual faz uma correta retrospectiva da legislação referente à contribuição para a Previdência Rural e que, em um determinado momento, pelo Decreto-Lei 1.146/70, cindiu a exação para destinar parte ao INCRA e parte ao FUNRURAL, como bem anotou o Ministro Teori.

A partir daí é que passo a discordar do entendimento do Ministro Teori, pelas razões que tentarei expor, alertando os meus pares para a importância do tema, diante do grande número de processos sobre a questão e que encontra divergência entre as Turmas da Primeira Seção. Enquanto a Segunda Turma nega a compensação das contribuições para o INCRA com as contribuições previdenciárias, como está a fazer o relator, Ministro Castro Meira, ao adotar o contido no voto paradigma oriundo da mesma Segunda Turma, a Primeira Turma está em posição oposta, entendendo possível a compensação, como fez o Ministro Teori Zavascki, ao proferir o voto-vista no EREsp 681.120/SC, cujo relator é também o Ministro Castro Meira.

Até o advento da LC 11/71, tenho a mesma compreensão do Ministro Teori e, com as minhas palavras, assim resumo a retrospectiva legislativa:

1. No Brasil, o serviço de previdência social do trabalhador rural sempre foi problemático e de difícil solução, não sendo diferente no que diz respeito ao serviço de assistência social, o que pode ser comprovado pela alteração constante da legislação, principalmente quando do governo militar, em função da tentativa de efetivar o governo de exceção o programa de reforma agrária, a partir da aprovação do Estatuto da Terra, Lei 4.504/64;

2. O certo é que sobre o tema previdência rural o diploma básico é a Lei 2.613/55, pois com ela foi criado o SERVIÇO SOCIAL RURAL, sob a forma de fundação pública, vindo posteriormente a inspirar a criação do SESC e SENAC, SESI e SENAI, serviços sociais destinados aos trabalhadores do comércio e da indústria, respectivamente, além da LBA;

3. De tudo que se passou, desde a Lei 2.613/55, o que se tem de maior relevância foi a criação do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, pelo DL 1.110/70, com o objetivo precípua de promover e executar a reforma agrária do País, bem como promover o desenvolvimento rural. A partir daí a contribuição instituída pela Lei 2.613/55, destinada a atender aos rurícolas, dividiu-se em duas fontes: uma para o INCRA e outra para atender ao FUNRURAL, como previsto no DL 1.146/70, na proporção de cinquenta por cento da arrecadação prevista na Lei 2.613/55 para cada uma das autarquias;

4. A LC 11/71 é de importância fundamental na compreensão da questão examinada. Com ela, o FUNRURAL passou a gerir um novo programa chamado -

Programa de Assistência ao Trabalhador Rural – PRORURAL, permanecendo com a mesma receita prevista no DL 1.146/70 e mais: a) 2% (dois por cento) do valor comercial dos produtos rurais, contribuição devida pelo produtor rural (art. 15, I) e b) 2,4% (dois vírgula quatro por cento) da contribuição de que trata o art. 3º do DL 1.146/70, majorado para 2,6% (dois vírgula seis por cento), destinando-se 2,4% (dois vírgula quatro por cento) ao FUNRURAL, continuando o INCRA com o mesmo percentual de 0,2% (zero vírgula dois por cento), como previsto no DL 1.146/70. Trago, em resumo simplificado, quadro explicativo da evolução legislativa:

Lei 2.613/55	DL 1.110/70	DL 1.146/70	LC 11/71
<p>Cria o Serviço Social Rural – SSR (Fundação) com o objetivo de prestar serviços sociais e outros no meio rural – inspirou a criação do SESC, SENAC, SESI, SENAI e LBA.</p> <p>Recursos:</p> <p>- 3% - sobre remuneração dos empregados (art. 6º)</p> <p><u>Destinado ao SSR</u></p> <p>- 1% - sobre remuneração dos empregados (outras empresas rurais - art. 7º)</p> <p><u>Destinado ao SSR</u></p> <p>- 0,3% - adicional sobre total dos salários pagos – devido pelos empregadores (art. 6º, § 4º)</p> <p><u>Destinado ao SSR</u></p>	<p>Cria o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e extingue o IBRA, o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário e o Grupo Executivo da Reforma Agrária.</p> <p>Nos termos do Decreto 68.153/71, incumbia ao INCRA, precipuamente: promover e executar a reforma agrária, visando corrigir a estrutura agrária do país, adequando-o aos interesses do desenvolvimento econômico e social; promover, coordenar, controlar e executar a colonização; promover o desenvolvimento rural (...).</p>	<p>Dispõe sobre a distribuição das contribuições da Lei 2.613/55.</p> <p>I – INCRA</p> <p>- 2,5% (art. 6º da Lei 2.613/55) sobre a soma da folha mensal dos salários de contribuição previdenciária dos empregados (art. 2º)</p> <p>- 1% (art. 7º da Lei 2.613/55) – devida apenas pelas atividades rurais em imóvel sujeito à ITR (art. 5º)</p> <p>- 0,2% = 50% de 0,4% (art. 35, § 2º, VIII, da Lei 4.863/65) (art. 3º c/c 1º, I, 2)</p> <p>II – FUNRURAL</p> <p>- 0,2% = 50% de 0,4% (art. 35, § 2º, VIII, da Lei 4.863/65) (art. 3º c/c 1º, II)</p>	<p>Cria o PRORURAL – Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, gerido pelo FUNRURAL</p> <p>Recursos (= Decreto 69.919/72):</p> <p>- 2% - sobre o valor comercial dos produtos rurais devido pelo produtor rural – art. 15, I</p> <p>- 2,4% (art. 3º do DL 1.146/70)* - art. 15, II</p> <p>AO INCRA:</p> <p>- 0,2% (art. 15, II)</p> <p>* A contribuição de 0,4% do art. 3º do DL 1.146/70 foi majorada para 2,6%, cabendo 2,4% ao FUNRURAL e 0,2% ao INCRA</p>

5. Advirta-se que o INCRA nunca teve a seu cargo a atribuição de serviço previdenciário, incumbindo-se, de acordo com a lei que o criou, a: 1) promover e executar a reforma agrária; 2) promover, coordenar, controlar e executar a colonização; 3) promover o desenvolvimento rural, não sendo demais transcrever o disposto no art. 2º do DL 1.110/70:

Art. 2º Passam ao INCRA todos os direitos, competência, atribuições e responsabilidades do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA), que ficam extintos a partir da posse do Presidente do novo Instituto.

Tal assertiva facilmente se comprova a partir da análise de documentos que me foram entregues através de memorial distribuído pelo INCRA (e que faço juntar ao presente voto-vista por cópia), os quais demonstram que o INSS até hoje arrecada a contribuição para o INCRA e a ele repassa, receita essa que foi utilizada, em 2001, pela autarquia na aplicação de serviços sociais no meio rural e em programa de aprendizagem das técnicas de campo (conforme Prestação de Contas Anual do INCRA - Exercício de 2001).

6. O serviço previdenciário e assistencial ficou a cargo do FUNRURAL, cujo sistema permaneceu ao advento da CF de 1988 até a Lei 7.787/89, diploma que veio a estabelecer alíquota única de 20% (vinte por cento), com uma complementação para atender às prestações por acidente do trabalho – quando houve a unificação da previdência pela Lei 8.213/91;

7. É importante transcrever aqui o que dispôs as Leis 7.787/89 e 8.213/91 para justificar o meu novo posicionamento, no sentido de entender (diferentemente do que vinha proclamando, em consonância com a jurisprudência desta Corte) que não houve extinção da contribuição do INCRA, pois não há referência alguma ao percentual de 0,2% (zero vírgula dois por cento). Vejamos:

Lei 7.787/89:

Art. 3º. A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

I - de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores;

II - de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e avulsos, para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho.

§ 1º. A alíquota de que trata o inciso I abrange as Contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o

PRORURAL, que ficam suprimidas a partir de 1º de setembro, assim como a contribuição básica para a Previdência Social.

Lei 8.213/91:

Art. 138. Ficam extintos os regimes de Previdência Social instituídos pela Lei Complementar n. 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei n. 6.260, de 6 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei.

Parágrafo único. Para os que vinham contribuindo regularmente para os regimes a que se refere este artigo, será contado o tempo de contribuição para fins do Regime Geral de Previdência Social, conforme disposto no Regulamento.

Pode-se verificar, pelo texto transcrito, que em nenhum momento houve referência à supressão do percentual de 0,2% da contribuição para o INCRA, a qual nunca foi destinada à previdência, nem ao salário-família, nem ao salário-maternidade, nem tampouco para financiar o abono anual, pois tem destinação específica, ou seja, promover a reforma agrária.

8. Conclui-se, pois, a partir dos itens destacados que:

- a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do PRORURAL;*
- b) a Previdência Rural só foi extinta pela Lei 8.213/91, com a unificação dos regimes de previdência;*
- c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero, dois por cento) – destinada ao INCRA – não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.*

O Ministro Teori Zavascki, no judicioso e cuidadoso voto-vista, proferido no EREsp 681.120-SC, afirmou:

'Finalmente, com o advento da Lei 7.787/89, restou extinta a contribuição para o FUNRURAL, bem assim o adicional de 0,2% para o INCRA, por força do seu art. 3º, § 1º ("....."). Esse foi o entendimento recentemente assentado pela Segunda Seção, superando anterior divergência, no julgamento do EREsp 503.287/PR, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 19.09.2005.'

O alinhamento que faço, nesta oportunidade, contém duas posições:

- a primeira, agora por mim adotada a partir de profundo estudo sobre o tema (que serve de sustentáculo para a análise da divergência em questão), no sentido de considerar que a contribuição devida ao INCRA não tem a mesma natureza jurídica e destinação da contribuição previdenciária sobre a folha de salários (art. 3º, I da Lei 7.787/89), tendo resistido à Constituição Federal de 1988, à Lei 7.787/89 e à Lei 8.213/91 até os dias atuais;*

- a segunda, acompanhando o entendimento da Segunda Turma, no sentido de não admitir a compensação da contribuição previdenciária com a contribuição do INCRA – esta a tese jurídica constante deste recurso (reformulando a orientação por mim adotada nos REsps 592.928/RS e 443.733/RS).

Com essas considerações, voto acompanhando o relator, dando provimento aos embargos de divergência.”

Posteriormente, a e. Ministra aditou seu voto, asseverando o seguinte:

“Considerando a manifestação dos meus pares na sessão de 26/04/2006, entendo indispensável a complementação do voto por mim proferido, uma vez que procurei me restringir a uma abordagem infraconstitucional da matéria. Entretanto, como a discussão travada naquela assentada teve muito maior ênfase no aspecto constitucional da contribuição do INCRA, acrescento as seguintes considerações:

1. NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA

1.1. A Constituição Federal de 1988, dentro da sua característica programática, buscou enunciar diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade brasileira, visando projetar “um Estado desenvolvido e forte, o qual necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.” (Eros Roberto Grau, em “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, Malheiros, 10ª ed., 2005, São Paulo, pág. 131).

Particularmente, na busca da interpretação dos títulos que normatizam a “Ordem Econômica” (Título VII) e a “Ordem Social” (Título VIII), os quais serão necessariamente objeto de análise para o fim de enquadramento da contribuição para o INCRA como Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE ou como contribuição para o custeio da Seguridade Social, verificaremos que não é tarefa fácil, nem simplória, a interpretação das normas constitucionais respectivas, principalmente ante os conceitos nem sempre precisos de que a Constituição se utiliza.

Faço essa advertência porquanto mesmo para a compreensão do que sejam a “Ordem Social” e a “Ordem Econômica”, não pode o intérprete buscar uma compartimentação de ambos os conceitos, como se estanques fossem.

Ao contrário, de uma simples leitura do texto constitucional podemos verificar que tanto no título relativo à Ordem Econômica, quanto no relativo à Ordem Social, vamos encontrar como **fundamentos comuns** a ambas as “ordens” os princípios da **valorização do trabalho humano** e da **justiça social**, tendo-se sempre presente que eles também são fundamentos e objetivos comuns ao próprio Estado brasileiro (arts. 1º, IV e 3º, I, III e IV), e têm, ainda, uma raiz comum fundada no princípio da

dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III).

De fato, os princípios constitucionais, dada a sua natureza normogenética e o seu elevado grau de abstração, tendem a propiciar uma regulação unitária (princípio da unidade da Constituição) do “dever ser” no qual busca a Constituição conformar toda a “Ordem Jurídica”.

Nesse ponto, relevante assinalar que “toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social” (Eros Roberto Grau, ob. cit., pág. 71).

Considerando-se tais alinhamentos principiológicos e, ainda, a finalidade programática da Constituição, vemos que ela enuncia, no art. 170, como fundamentos da “Ordem Econômica” a **valorização do trabalho humano e da livre iniciativa**; como seu objetivo assegurar a todos **existência digna, conforme os ditames da justiça social** e, como seus princípios, dentre outros, a **função social da propriedade**, a **diminuição das desigualdades regionais e sociais** e a **busca do pleno emprego**.

Assim, para atender aos ditames da justiça social, não se pode compreender como uma propriedade rural na forma de latifúndio improdutivo (ou seja, que não esteja atendendo à sua função social) possa permanecer intacta enquanto os reclames sociais decorrentes da dignidade da pessoa humana, da diminuição das desigualdades regionais de um país com proporções continentais e da busca do pleno emprego estejam plenamente desatendidos. Daí a previsão constitucional de intervenção na ordem econômica, inclusive mediante a implementação de contribuições de intervenção no domínio econômico, na forma do seu art. 149.

1.2. Para a compreensão jurídica da contribuição interventiva, deve-se ter presente que o que a caracteriza e a particulariza em relação aos impostos e contribuições sociais é o **objetivo específico perseguido pelo órgão estatal competente para esse fim, nos termos de sua lei criadora** (vide Hugo de Brito Machado, em “Curso de Direito Tributário”, Malheiros, 16ª ed., São Paulo, 1999, pág. 330). No caso da contribuição para o INCRA, o seu traço característico é justamente a finalidade voltada para a colonização e para a reforma agrária.

Esse instituto - reforma agrária -, nas palavras de Eros Roberto Grau (ob. citada, pág. 247), é “seguramente, tão indispensável à realização do fim da ordem econômica quanto à integração e modernização do capitalismo nacional.”

Para que seja possível a sua manifestação concreta na ordem econômica, o princípio da **função social da propriedade** ocupa papel de destaque, especificamente a função que se projeta sobre a propriedade rural e que encontra maior relevância na regra inserta no art. 184, onde prevê a Carta Maior a desapropriação por interesse social do imóvel rural que não estiver cumprindo sua função social para a realização da reforma agrária.

Dentro do contexto da reforma agrária, não basta ao Estado promover a redistribuição de terras. É necessário que promova, igualmente, o assentamento do

homem ao solo (colonização), mediante a implementação de programas e projetos específicos que possibilitem, dentre outras coisas, a formação de uma infra-estrutura nos assentamentos rurais decorrentes da reforma agrária; a assistência técnica e capacitação das famílias assentadas, buscando o aprendizado de técnicas de trabalho, bem como o fomento do desenvolvimento de atividades agroindustriais e de comercialização de produtos rurais.

Visando atender essas finalidades, era necessário encontrar uma fonte de custeio, que veio a ser suprida com a instituição da contribuição para o INCRA, paralelamente à contribuição para o FUNRURAL, que visava ao custeio da previdência rural, posteriormente incorporada ao sistema geral de previdência pela Lei 8.212/91.

Importante observar que, desde a sua concepção, com o Decreto-Lei 1.146/70, a contribuição para o INCRA sempre foi utilizada como instrumento de intervenção no domínio econômico. E isso com amparo no art. 157 da Constituição Federal de 1967, então vigente (e no art. 163 da EC 01/69).

1.3. Vejamos:

CF/67:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

(...)

§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

§ 9º - **Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.**

EC 01/69:

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

1.4. O INCRA herdou a competência da Superintendência de Política Agrária - SUPRA (posteriormente INDA e IBRA), a quem competia, nos termos do art. 2º da Lei Delegada 11/62, colaborar na formulação da política agrária do país, planejar, promover, executar e fazer executar, nos termos da legislação vigente e da que vier a ser expedida, a reforma agrária e, em caráter supletivo, as medidas complementares de assistência técnica, financeira, educacional e sanitária, bem como outras de caráter administrativo que lhe venham a ser conferidas no seu regulamento e legislação subsequente.

Na primeira parte desse julgamento, a discussão quanto à natureza da contribuição ao INCRA foi levada ao foro acadêmico e doutrinário, a partir da manifestação do Ministro José Delgado, que deixou de acolher a tese da Autarquia, afirmando não estarem presentes os seguintes elementos constitutivos da intervenção no domínio econômico:

- 1) finalidade constitucionalmente determinada;
- 2) busca dessa finalidade insculpida na Constituição;
- 3) destinação específica da arrecadação;
- 4) alcance de determinado setor econômico;
- 5) existência de um motivo específico para sua criação.

Na oportunidade, concluiu Sua Excelência que a contribuição para o INCRA é uma espécie de intervenção **indireta** no domínio econômico, que visa seu fortalecimento e dirige-se a uma finalidade social.

1.5. Diante dessas colocações, a pergunta que se faz é a seguinte: - É possível haver contribuição de intervenção indireta no domínio econômico, ou seja, CIDE sem referibilidade direta?

1.6. Nesse ponto, peço vênia para transcrever trechos contidos na tese apresentada pelo Dr. Luciano Dias Bicalho Camargo (Procurador do INCRA) em curso de doutorado

da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais (a que tiveram acesso todos os Ministros que compõem a Primeira Seção), pela profundidade da pesquisa, pela clareza e pela lógica na exposição e que, no meu entender, respondem eficientemente aos questionamentos de ordem doutrinária. Vejamos:

'As contribuições interventivas têm como principal traço característico a finalidade eleita e explicitada na consequência da norma de incidência tributária.

(...)

Assim, para a perfeita compreensão da norma de incidência tributária das contribuições de intervenção sobre o domínio econômico, especificamente aquelas que se prestam à arrecadação de recursos para o custeio dos atos interventivos, há de se prever uma circunstância intermediária a vincular a hipótese de incidência e a consequência tributária, sem a qual não há de se falar da existência de norma de incidência válida.

Assim, nas contribuições de intervenção sobre o domínio econômico deverá coexistir, para a sua perfeita incidência, os dois núcleos da hipótese de incidência: o "fato do contribuinte", relacionado ao domínio econômico, e os atos interventivos implementados pela União.

(...)

*Assim, no caso específico das contribuições para o INCRA, elas somente se mostram válidas na medida em que o INCRA, efetivamente, promove desapropriações para fins de reforma agrária (circunstância intermediária), visando alterar a estrutura fundiária anacrônica brasileira, conforme minudentemente visto no capítulo 3, aplicando-se, assim, os recursos arrecadados na consecução dos objetivos constitucionalmente previstos: **função social da propriedade e diminuição das desigualdades regionais.***

Saliente-se, por relevante, que as contribuições devidas ao INCRA, muito embora não beneficiem diretamente o sujeito ativo da exação (empresas urbanas e algumas agroindustriais), beneficiam toda a sociedade, por ter a sua arrecadação destinada a custear programas de colonização e reforma agrária, fomentam a atividade no campo, que é de interesse de toda a sociedade (e não só do meio rural), tendo em vista a redução das desigualdades e a fixação do homem na terra.

Não há que se falar da existência de uma referibilidade direta, que procura condicionar o pagamento das contribuições às pessoas que estejam vinculadas diretamente a determinadas atividades e que venham a ser beneficiárias da arrecadação.

Ora, o princípio da referibilidade direta, como defendido por vários autores, simplesmente não existe no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que se refere às contribuições de intervenção no domínio econômico. Trata-se

de mera criação teórica e doutrinária, sem respaldo no texto da Constituição Federal.

(...)

Com efeito, a exação em tela é destinada a fomentar atividade agropecuária, promovendo a fixação do homem no campo e reduzindo as desigualdades na distribuição fundiária. Conseqüentemente, reduz-se o êxodo rural e grande parte dos problemas urbanos dele decorrentes.

Não pode ser negado que a política nacional de reforma agrária é instrumento de intervenção no domínio econômico, uma vez que objetiva a erradicação da miséria, segundo o preceituado no § 1º do art. 1º da Lei n. 4.504/64 - Estatuto da Terra.

Dessa forma, a referibilidade das contribuições devidas ao INCRA é indireta, beneficiando, de forma mediata, o sujeito passivo submetido a essa responsabilidade.' (fls. 364/368 - ressalva dos grifos)

1.7. Reportando-se a precedente da Suprema Corte no RE 396.266-3/SC, em que se discutiu a natureza jurídica da intervenção da contribuição devida ao SEBRAE, o ilustre Procurador conclui que, **“caracterizadas fundamentalmente pela finalidade a que se prestam e pela circunstância intermediária que as legitimam, as contribuições de intervenção na atividade econômica, conforme já consagrado pela jurisprudência, não exigem vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados”**. Para melhor compreensão, transcrevo, no que interessa, o voto condutor do julgado, relatado pelo Min. Carlos Velloso:

‘A contribuição que estamos cuidando é, na verdade, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como um adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318, de 1986. A autora recorrente, pois, tem razão quando afirma que a citada contribuição não está incluída no rol do art. 240 da C.F., dado que é ela “totalmente autônoma - e não um adicional”, desvinculando-se da contribuição ao Sesi-SENAI, Sesc-SENAC.

Não sendo contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mas contribuição de intervenção no domínio econômico, a sua instituição está jungida aos princípios gerais da atividade econômica, C.F., arts. 170 a 181. E se o SEBRAE tem por finalidade “planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica” (Lei 8.029/90, art. 9º, incluído pela Lei 8.154/90), a contribuição instituída para a realização desse desiderato está conforme os princípios gerais da atividade econômica consagrados na Constituição. Observe-se, de outro lado, que a

contribuição tem como sujeito passivo empresa comercial e industrial, partícipes, pois, das atividades econômicas que a constituição disciplina (C.F., art. 170 e seguintes).

(...)

Conclui-se, portanto, que a contribuição para o SEBRAE é daquelas de intervenção na atividade econômica.

Com propriedade, anotou o acórdão:

(...)

Ora, se o texto constitucional impõe que os entes federados dispensem tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte para incentivá-las, não é crível que a contribuição instituída em seu benefício seja arcada somente por pessoas jurídicas que se encaixem nessas categorias, impondo às mesmas tratamento diferenciado sim, porém mais oneroso que às demais empresas concorrentes, em detrimento das que se pretende ver impulsionadas.

Caracterizadas fundamentalmente pela finalidade a que se prestam, as contribuições de intervenção na atividade econômica, conforme já consagrado pela jurisprudência, não exigem vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados.

Do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.(grifei)

1.8. Corroborando essa linha de raciocínio, transcrevo trechos de interessante, moderno e profundo trabalho desenvolvido pela Dra. Simone Lemos Fernandes, Juíza Federal em Minas Gerais e Doutora em Direito Tributário pela UFMG, em sua obra intitulada "As Contribuições Neocorporativas na Constituição e nas Leis" (ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 189/205):

'O Direito brasileiro encampou, em verdade, noções das ciências das finanças, assumindo o arquétipo das contribuições para-fiscais, mas compondo sua estrutura de forma diferenciada, com notas particulares. Ataliba (1992, p. 171) identificava esse arquétipo básico, ou seja, o conceito financeiro de contribuição, da seguinte forma:

(...)

Assim, enquanto os impostos estavam sujeitos ao princípio da capacidade contributiva e as taxas ao da remunerabilidade, as contribuições estavam sujeitas ao princípio da referibilidade, já que elas se originavam da necessidade de descentralização administrativa correlacionada a uma delegação de capacidade tributária ativa necessária ao atendimento de necessidades especiais de determinado grupo de pessoas, reunidas por

afinidades profissionais ou econômicas. **A referibilidade se traduzia na necessária eleição dos membros de um grupo, especialmente beneficiado pela atuação estatal delegada, como sujeitos passivos da exação.** Era equivalente a uma comutatividade genérica, a uma relação sinalagmática entre o grupo e o benefício alcançado para todos os seus membros, sem possibilidade de individualização ou mensuração prévias.

Ocorre que o processo de absorção das contribuições especiais por nosso Direito Tributário ou de “constitucionalização” dessas exações não se deu com a incorporação exata do arquétipo próprio das Ciências das Finanças. **A partir da promulgação da Constituição de 1988, identificamos contribuições especiais típicas, que obedecem àquele arquétipo, e contribuições especiais atípicas, que dele fogem, na esteira dos ensinamentos de Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça (2002, p. 225).** Assim, a despeito de todas as contribuições especiais possuírem uma finalidade constitucionalmente determinada, que interfere, inclusive, no exercício da competência para sua instituição, algumas possuem essa finalidade diretamente relacionada aos aspectos material e pessoal da hipótese de incidência, **enquanto nas demais essa relação é verificada apenas de forma indireta. Em outras palavras: na estrutura traçada pelo legislador constituinte, somente a exigência de contribuições especiais típicas possui uma finalidade conexa a uma especial vantagem ou a uma especial despesa referida a seus sujeitos passivos diretos.**

O reconhecimento da existência de dois tipos de contribuição, de natureza diversa, é de importância capital, não tendo passado despercebido para doutrinadores de escol. **Geraldo Ataliba** (1992, p. 109 et seq.) e **Sacha Calmon Navarro Coelho** (1999, p. 402), a despeito de adotarem critério classificatório apoiado tão-somente na teoria da vinculação dos fatos geradores, desprezando diferenciações calcadas no elemento finalístico da norma tributária, apontaram a necessidade inarredável de distinguir “**duas categorias**” de contribuições, adjetivadas de “**verdadeiras ou falsas**” pelo primeiro e de “sinalagmáticas ou não-sinalagmáticas” pelo segundo. A despeito da existência de diferenças entre a classificação das espécies tributárias proposta no item antecedente e a adotada por esses grandes mestres, não vislumbramos qualquer empecilho à identificação de nossas contribuições típicas e atípicas com as subespécies por eles catalogadas e prosseguimos em sua análise.

Para Ataliba (1992, p. 172), o legislador “pode adotar hipótese de incidência tanto de verdadeira contribuição como de imposto, tendo-se por configurada a ‘contribuição’ - para efeitos do regime jurídico derogador - com a invocação das finalidades constitucionalmente prestigiadas”. Assim,

[...] dizemos ‘verdadeira contribuição’ o tributo que, no plano ideal das categorias científicas, tem hipótese de incidência diferente do imposto e da

taxa, no sentido de que a materialidade de sua hipótese de incidência consiste numa atuação estatal mediata ou indiretamente referida ao obrigado. [...] Por isso, um tributo, designado contribuição, no Brasil (salvo a de melhoria), pode ser efetivamente um contribuição - entendida como espécie de tributo vinculado, dotada de hipótese de incidência típica - ou pode ser imposto; quer dizer, o que constitucionalmente é designado por contribuição, no Brasil, pode ter hipótese de incidência de verdadeira contribuição ou de imposto. (1992, p. 172)

Criticamos, data venia, o modelo proposto por Ataliba, por não apresentar critério de diferenciação entre as "falsas" contribuições e os impostos, sugerindo que aquelas derivam de mero capricho do legislador constituinte ou, quando muito, do legislador ordinário. Ataliba insiste no respeito ao Sistema Tributário delineado na Constituição e admite a autonomia das contribuições como espécie tributária. Assim, ao reconhecer a presença de contribuições que possuem hipótese de incidência de impostos, deveria necessariamente indicar, por conseqüência, o critério ou elemento que justificaria sua diferenciação destes. Consideramos que o fato de Ataliba admitir a presença de espécie tributária que pode ora ser ora não ser vinculada a uma atuação estatal - contribuições - invalida a base de sustentação de sua teoria. Compreendemos que essa falha se origina da insistência de adoção da teoria da vinculação dos fatos geradores como suficiente a ancorar a classificação das espécies tributárias.

Discordamos de Ataliba, ainda, quando sustenta que "nenhum tributo batizado de "contribuição", no Brasil, tem hipótese de incidência rigorosa de "verdadeira contribuição", tal como cientificamente pôde concebê-la a ciência do direito". (1992, p. 176) Isso porque reconhecemos a presença, em nosso ordenamento, de contribuições típicas ou verdadeiras, como as contribuições neocorporativas e as contribuições previdenciárias exigidas dos segurados obrigatórios e facultativos do regime geral de previdência, bem como dos servidores públicos e membros de Poder. Sobre elas nos manifestaremos no item seguinte deste capítulo.

Prosseguimos, agora na análise do modelo classificatório proposto por Sacha Calmon, verificando que identifica as contribuições não-sinalagmáticas com os impostos e reconhece a existência de contribuições sinalagmáticas que, juntamente com as contribuições de melhoria, formariam a espécie tributária conhecida como "contribuições".

(...)

Não concordamos com o esquema proposto por Sacha Calmon por compreendermos que a ordem constitucional em vigor não admite a figura dos impostos vinculados, tendo causado o congelamento dessa espécie tributária nos moldes em que exigida pelo Estado Liberal. No ordenamento jurídico brasileiro, os impostos somente podem ser exigidos para o custeio de despesas

gerais, previstas no orçamento. Observamos, ainda, que o mestre identifica somente as contribuições previdenciárias como contribuições sinalagmáticas. (1999, p. 405) Ao discorrer sobre as contribuições que classifica de corporativas (sindicais e associativas), qualifica-as como não-sinalagmáticas por observar que o sujeito passivo da obrigação tributária não recebe nada em troca. “Absolutamente nada”. Lembra que os órgãos de classe deveriam zelar por seus filiados e lutar por seus interesses, mas sugere que isso não acontece.

1.9.

‘Ousando discordar do mestre, compreendemos que as contribuições neocorporativas são encharcadas pelo princípio da referibilidade, merecendo identificação como contribuições sinalagmáticas ou, em nossa classificação, como contribuições típicas. A atuação dos conselhos e sindicatos é - ou ao menos deveria ser - voltada à obtenção de vantagens a seus membros ou filiados. A denominação reservada a essa subespécie de contribuição especial pelo legislador constitucional, por si só, revela a presença de uma referibilidade que justifica sua criação: contribuições no interesse de categorias profissionais e econômicas. A atividade representativa dos sindicatos, especialmente a desenvolvida em negociações coletivas e na representação judicial dos interesses de seus representados, traz-lhe inegáveis proveitos. A atuação dos conselhos, normatizando as condições para o exercício das profissões e fiscalizando-as, reverte em benefício de seus membros, que necessitam da credibilidade e confiança da população em seus serviços. Se desvios há na atuação dessas entidades, reclamam eles sejam feitas as modificações estruturais necessárias, que certamente repercutirão no Direito Tributário: não podemos, no entanto, considerá-los como pertencentes à sua órbita.

(...)

Consideramos que a infiltração do **princípio da solidariedade** no sistema tributário brasileiro, próprio do nono estágio de evolução dos fundamentos do poder de tributar (item 10 do capítulo 1), deu-se primordialmente, no momento da promulgação da Constituição de 1988, mediante a criação de subespécie **contribuições especiais atípicas**, com afetação constitucional de suas receitas para realização das necessárias intervenções na ordem social e econômica. A influência da solidariedade em nosso Sistema Constitucional Tributário foi observada, com sensibilidade, por Ataliba (1992, p. 179), para quem, efetivamente, basta considerar, no nosso Texto Constitucional, que inúmeras das possíveis contribuições irão ser aplicadas em benefício de pessoas destituídas de riqueza, de qualquer capacidade contributiva ou de toda possibilidade econômica. Essa circunstância está a indicar que a Constituição quer que, exata e precisamente, o legislador retire recursos de quem os tem para dar àqueles que não os têm. São inválidos, as viúvas, os aposentados, etc. (logo, não será nenhum dado econômico ligado a estas últimas pessoas que

poderá servir de critério - base imponible - para tais contribuições). Wagner Balera sublinha que o 'empregador é um dos sujeitos históricos envolvidos, desde a criação do seguro social, nessa corrente de solidariedade que o direito torna compulsória.'

*Identificamos, nessa subespécie de contribuições especiais, as contribuições sociais genéricas, as contribuições interventivas e as destinadas à Seguridade Social, à exceção das exigidas dos trabalhadores. Quando analisadas, tão-somente, por sua hipótese de incidência, aproxima-se, sem dúvida, dos impostos, deles no entanto se afastando pela presença do **elemento finalístico** no mandamento de sua norma instituidora. Misabel Derzi (1995, p. 227) já antevia, há muito, a natureza de imposto das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento, o lucro e a folha de pagamentos, esclarecendo que a discriminação constitucional dos fatos econômicos aptos a autorizar a sua exigência impôs-se pela consciência de que se tratavam, em realidade, de imposto com destinação específica, denominados de contribuições.'*

1.10.

'As contribuições atípicas são tributos que não possuem a sua hipótese de incidência relacionada a um "estado", a uma pertinência a determinado grupo ou categoria econômica ou profissional especialmente beneficiados ou diretamente causadores da atuação estatal exigida. Distinguem-se dos impostos pela finalidade que lhes é constitucionalmente reservada, que exige que suas receitas sejam dirigidas a fundos, órgãos ou despesas específicas. Deles se aproximam por sua necessária conformação pelo critério de capacidade contributiva, que, nas palavras de Ataliba (1992, p. 179), é "o único critério compatível com as exigências da isonomia - princípio constitucional básico que domina todo o sistema".

As contribuições especiais atípicas são, portanto, constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao obrigado, sendo verdadeiros instrumentos de intervenção na ordem econômica e social. Seus sujeitos passivos não são especialmente beneficiados nem necessariamente dão causa à atuação estatal custeada pela arrecadação do tributo.' (ressalva dos grifos)

Mais adiante, a festejada autora passa a tratar especificamente das contribuições de intervenção no domínio econômico (atípicas), fazendo nítido traço distintivo entre estas e as contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas (típicas), sendo relevantes as suas considerações a seguir transcritas:

'A interpretação sistemática da Constituição em vigor nos convence de que, diferentemente das contribuições no interesse de categorias profissionais e econômicas, as contribuições de intervenção no domínio econômico são contribuições especiais atípicas.

O assunto não foi tratado de forma uniforme pelas diversas constituições que se sucederam após o florescimento da para-fiscalidade econômica. Os documentos políticos promulgados em 1967 e 1969 previram o monopólio de determinada atividade ou a intervenção no domínio econômico quando indispensáveis por motivos de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficiência no regime de liberdade de iniciativa. Estabeleceram, ainda, que essa intervenção poderia ser custeada pela instituição de contribuições. Essas exações serviram, portanto, como instrumento de um Estado Empreendedor e Intervencionista, que não encontrava grandes obstáculos para imiscuir-se no domínio da atividade privada.

A Constituição de 1988 amenizou a tendência intervencionista dos diplomas políticos anteriores, trazendo nova fundamentação ideológica para a atuação do Estado no domínio econômico. Elencou as atividades sujeitas a monopólio, estabelecendo a possibilidade de contratação, com empresas estatais ou privadas, de sua realização. Quanto à intervenção por via da tributação, estabeleceu, de forma genérica, a possibilidade de instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico em seu art. 149, trazendo, em seu § 2º, indicação de fatos econômicos inaptos a autorizar sua cobrança e a sugestão de alguns fatos econômicos próprios a sustentá-la.

Mediante a necessária interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais envolvidos, podemos dizer que somente é possível à União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico para a garantia dos princípios positivados no capítulo relativo à atividade econômica. Contribuições exigidas em benefício de categorias econômicas encontra molde diferente, que lhes foi reservada pelo legislador constitucional.

Assim, contribuições interventivas exigem, em contrapartida, a necessidade de intervenção da União no domínio econômico, intervenção essa que, segundo nossa ordem constitucional, deve necessariamente nortear-se pelo interesse público inerente ao equilíbrio do ambiente econômico, basicamente dirigindo-se à preservação da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, à defesa do consumidor e do meio-ambiente, à redução das desigualdades regionais e sociais, à busca do pleno emprego e ao tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. **Assim, a instituição de contribuições interventivas afeta toda a sociedade, refletindo políticas econômicas. Essas exações não podem ser utilizadas como instrumento de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos, embora possam, reflexamente, alcançá-los. Por esse motivo, possuem hipótese de incidência assemelhada à dos impostos, sendo igualmente informadas pelo princípio da capacidade contributiva. Por esse mesmo motivo, sua instituição não demonstra, necessariamente, a referibilidade entre a atuação estatal desenvolvida e o grupo de contribuintes escolhido, que não necessariamente por ela será beneficiado.**

*Comparando as contribuições no interesse de categorias econômicas com as de intervenção no domínio econômico, podemos dizer que a instituição das primeiras guia-se pelo atendimento de necessidades específicas de um grupo, provocando-lhe inegáveis benefícios, sendo que acaba por beneficiar, de forma reflexa, a sociedade em geral. **A instituição das últimas, embora normalmente operacionalizada de forma setorial, guia-se pelo interesse público de equilíbrio da ordem econômica, podendo beneficiar, ou até mesmo prejudicar, reflexamente, os operadores econômicos que atuam no setor atingido.*** (grifos nossos - fls. 211/213)

1.11. Conquanto o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se pronunciado especificamente sobre a natureza jurídica da contribuição devida ao INCRA, resta claro que, através da contribuição em tela, a autarquia promove o equilíbrio na seara do domínio econômico e, conseqüentemente, a justiça social, ao garantir a função social da propriedade e promover a redução das desigualdades regionais e sociais, sendo desinfluyente o fato de que o sujeito ativo da exação (as empresas urbanas e algumas agroindustriais) não se beneficie diretamente da arrecadação, até porque, como assinalado, a Corte Maior considerou que a inexistência de uma referibilidade direta não desnatura as CIDEs. Trata-se, pois, de **CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO**, classificada doutrinariamente como **CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL ATÍPICA** (art. 149 da CF/88).

2. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA X SEGURIDADE SOCIAL

Resta-nos aclarar, ainda, o seu eventual enquadramento nas espécies do gênero concernente à **Seguridade Social**, na forma prevista no Título VIII, Capítulo II, da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal, no art. 194, estabelece que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência Social e à Assistência Social.

A **Saúde** é garantida por políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF). E não são necessárias maiores considerações para se chegar à conclusão de que a contribuição para o INCRA não se insere no contexto da Saúde.

A **Previdência Social**, por sua vez, visa a atender, nos termos da lei, a cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade e especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, CF).

*Parece-me que, na primeira parte do julgamento, restou **superado** o entendimento de que as atividades desenvolvidas pelo INCRA não se confundem com o conceito de previdência social, como bem ressaltou o Ministro Castro Meira em sua exposição.*

2.1. *É importante ressaltar que a contribuição destinada ao INCRA para custear o PRORURAL, criada pela LC 11/71 e extinta pela Lei 7.787/89, como já assinalado no voto vogal, esta sim era de natureza eminentemente previdenciária e assistencial, como se depreende dos arts. 2º e 13 do referido diploma legal:*

Art. 2º. O Programa de Assistência ao Trabalhador Rural consistirá na prestação dos seguintes benefícios:

I - aposentadoria por velhice;

II - aposentadoria por invalidez;

III - pensão;

IV - auxílio-funeral;

V - serviços de saúde;

VI - serviço social.

Art. 13. O Serviço Social visa a propiciar aos beneficiários melhoria de seus hábitos e de suas condições de existência, mediante ajuda pessoal, nos desajustamentos individuais e da unidade familiar e, predominantemente, em suas diversas necessidades ligadas à assistência prevista nesta Lei, e será prestado com a amplitude que permitirem os recursos orçamentários do FUNRURAL, e segundo as possibilidades locais.

A questão que se coloca como primeiro ponto deste tópico é saber por que o legislador, no mesmo diploma legal, fez questão de distinguir as contribuições para o INCRA e para o FUNRURAL, se ambas eram empregadas, indistintamente, em previdência e em assistência social? Em segundo lugar, como justificar que possa o INCRA atuar em previdência e assistência social concomitantemente com o INSS, mormente sem receber parcela da arrecadação correspondente aos 20% da folha de salários de que cuida a Lei 7.787/89?

Apenas ao responder a essas singelas indagações já se percebe, intuitivamente, que essa premissa está equivocada.

2.2. *Finalmente, a **Assistência Social** tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de salário mínimo de benefício a pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la promovida por sua família, nos termos da lei (art. 203, CF).*

Importante acrescentar a essa linha de argumentação os conceitos de assistência social extraídos da obra do professor Uadi Lammêgo Bulos, em sua “Constituição Federal Anotada”, 5ª ed., São Paulo, 2003, Ed. Saraiva, pág. 1.309, verbis:

‘A assistência social, como instituto jurídico, tem suas origens no direito romano. É o nome técnico dado ao ato de se auxiliar pessoas necessitadas. Trata-se de um amparo estatal, baseado no princípio humanitário de se ajudar indigentes, reconhecidamente pobres, que não podem gozar dos benefícios previdenciários.

Concedida a hipossuficientes, a assistência nada tem a ver com o seguro social, porque seu ato concessivo independe do pagamento de contribuições, sendo financiada com recursos do orçamento da seguridade, além de outras fontes de custeio. Ambas, enquanto marcas indeléveis do Estado moderno do bem-estar, vêm patenteadas nos ordenamentos constitucionais de uma forma ou de outra, seja por iniciativa particular, seja de maneira pública, confessional ou leiga.’

No plano infraconstitucional, a Lei 8.213/91, ao tratar do Serviço Social, dispôs:

‘Art. 88. Compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade.

§ 1º Será dada prioridade aos segurados em benefício por incapacidade temporária e atenção especial aos aposentados e pensionistas.

§ 2º Para assegurar o efetivo atendimento dos usuários serão utilizadas intervenção técnica, assistência de natureza jurídica, ajuda material, recursos sociais, intercâmbio com empresas e pesquisa social, inclusive mediante celebração de convênios, acordos ou contratos.

§ 3º O Serviço Social terá como diretriz a participação do beneficiário na implementação e no fortalecimento da política previdenciária, em articulação com as associações e entidades de classe.

§ 4º O Serviço Social, considerando a universalização da Previdência Social, prestará assessoramento técnico aos Estados e Municípios na elaboração e implantação de suas propostas de trabalho.’

Resta-nos, nesse momento, traçar os pontos que distinguem a assistência social geral e as atividades complementares à reforma agrária desenvolvidas pelo INCRA para dar atendimento às suas finalidades legais.

Referindo-me novamente a dados fornecidos pela autarquia (documento anexo, que diz respeito à Execução Orçamentária e Financeira do INCRA - Exercícios

2002/2005), pode-se concluir que a sua atuação é específica e está diretamente ligada à reforma agrária, à colonização e ao desenvolvimento rural, restando nítida a preocupação do INCRA de não só promover a reforma agrária, mas também de fixar o homem no campo, através de projetos, tais como:

- concessão de crédito-instalação às famílias acampadas;
- assistência jurídica às famílias acampadas;
- acompanhamento de conflitos e tensões sociais no campo;
- investimento em infra-estrutura básica para assentamentos rurais;
- infra-estrutura complementar para emancipação de assentamentos rurais;
- acompanhamento da instalação de projeto de assentamentos rurais;
- topografia em áreas de assentamentos rurais;
- assistência técnica e capacitação de famílias assentadas;
- plano de desenvolvimento do assentamento rural; e
- assistência técnica e capacitação de assentados.

Ainda que essas atividades se enquadrem no conceito **amplo** de assistência social, o que se admite apenas para argumentar, é importante frisar que o INCRA não “assiste” indistintamente todo e qualquer trabalhador rural, porque concede crédito, fornece assistência jurídica, técnica e capacitação, dentro dos programas de aprendizagem das técnicas do campo, **apenas e tão-somente às famílias assentadas**, em nítido cumprimento às suas funções institucionais. Isso demonstra que, mesmo nessas atividades complementares, de conteúdo assistencial “lato sensu”, ressalta-se a finalidade específica de **assentamento do homem no campo**, como decorrência de sua atividade principal - promoção da reforma agrária - o que a distingue das atividades meramente assistenciais.

Tais famílias, embora possam vir a perceber benefícios da assistência social (geral), é certo que inexistem, por esse sistema, programas específicos voltados ao assentamento rural, como ocorre em relação aos programas financiados pela contribuição devida ao INCRA.

Observe-se, ademais, que o art. 204 da Carta Magna é claro ao estabelecer que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, dentre as quais não se encontra a contribuição devida ao INCRA.

Para atender aos trabalhadores rurais como um todo é que existe o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR, que tem como objetivos organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural, em centros instalados e mantidos pela instituição ou sob a forma de cooperação, dirigida aos trabalhadores rurais (art. 1º da Lei 8.315/91).

O SENAR é mantido por diversas rendas, dentre as quais se encontra a contribuição de que trata o art. 5º do Decreto-Lei 1.146/70 c/c art. 1º do Decreto-Lei 1.989/82 que,

apesar de recolhida pelo INCRA juntamente com o ITR - Imposto Territorial Rural, é repassada diretamente ao SENAR e nada tem a ver com a contribuição para o INCRA (tratada, diversamente, no art. 1º do referido Decreto-Lei 1.146/70).

2.3. *Por fim, merece destaque importante peça jurídica oficial elaborada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social (PARECER/CJ N. 1.113, de 16/01/98, aprovado pelo Ministro Reinhold Stephanes), através do qual afirmou a Administração Pública a natureza especial de intervenção no domínio econômico da contribuição ao INCRA (CF, art. 149), afastando expressamente qualquer dúvida quanto à sua natureza previdenciária, como se vê a seguir:*

20. Ademais, a contribuição para o INCRA e FUNRURAL sempre incidiu, desde a sua criação, sobre a folha de salários de todos os empregadores, o que rebate, também, a tese de que a empresa urbana não estaria obrigada a contribuir para o INCRA e FUNRURAL. Nem as contribuições anteriores e tampouco a atual, estabeleceram que a empresa que não possua empregados vinculados à previdência rural não possam contribuir para esta.

21. Todavia, sobre o percentual destinado ao FUNRURAL, sua incidência resta prejudicada, uma vez que o sistema rural foi extinto quando entrou em vigor a Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que estabeleceu o plano de custeio da seguridade social, de acordo com os princípios da equivalência e da uniformidade e demais diretrizes fixadas pela Constituição Federal de 1988, unificando os sistemas previdenciários urbano e rural.

(...)

23. O FUNRURAL, quando de sua existência, era destinado à previdência social rural. Atualmente, o sistema previdenciário está unificado. Já a contribuição para o INCRA não possui natureza previdenciária, posto que seu destino visa a manutenção da Autarquia, e esta, por sua vez, executa uma atividade social, qual seja a reforma agrária.

(...)

25. Trata-se, portanto, de espécies do gênero contribuição e, desta forma, entendemos sobre a distinção entre tais contribuições como contribuição social de seguridade social para aquelas destinadas ao extinto FUNRURAL, atualmente por força do art. 195 da Constituição Federal, e contribuição especial de intervenção no domínio econômico para a destinada ao INCRA (CF, art. 149), posto que em conformidade aos exemplos elencados no último trecho suso transcrito, tal contribuição encaixa-se nessa classificação por também ser uma Autarquia.

30. (...) tal contribuição é devida pelos mesmos contribuintes indicados neste parecer, que submeto à consideração superior.

É o entendimento s.m.j.º

3. CONCLUSÕES

1) A referibilidade direta NÃO é elemento constitutivo das CIDE's.

2) As contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse é o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

3) As CIDE's afetam toda a sociedade e obedecem ao princípio da solidariedade e da capacidade contributiva, refletindo políticas econômicas de governo. Por isso, não podem ser utilizadas como forma de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos.

3.1.

4) A contribuição destinada ao INCRA, desde sua concepção, caracteriza-se como **CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO**, classificada doutrinariamente como **CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL ATÍPICA** (CF/67, CF/69 e CF/88 - art. 149).

5) O INCRA herdou as atribuições da SUPRA no que diz respeito à promoção da reforma agrária e, em caráter supletivo, as medidas complementares de assistência técnica, financeira, educacional e sanitária, bem como outras de caráter administrativo.

6) A contribuição do INCRA tem finalidade específica (elemento finalístico) constitucionalmente determinada de promoção da reforma agrária e de colonização, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII, da CF/88).

3.2.

7) A contribuição do INCRA não possui REFERIBILIDADE DIRETA com o sujeito passivo, por isso se distingue das contribuições de interesse das categorias profissionais e de categorias econômicas.

8) O produto da sua arrecadação destina-se especificamente aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Por isso, não se enquadram no gênero Seguridade Social (Saúde, Previdência Social ou Assistência Social), sendo relevante concluir ainda que:

8.1) Esse entendimento (de que a contribuição se enquadra no gênero Seguridade Social) seria incongruente com o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, ao se admitir que essas atividades fossem dirigidas apenas aos trabalhadores rurais assentados com exclusão de todos os demais integrantes da sociedade;

8.2) Partindo-se da pseudo-premissa de que o INCRA integra a "Seguridade Social", não se compreende por que não lhe é repassada parte do respectivo orçamento para a consecução desses objetivos, em cumprimento ao art. 204 da CF/88.

9) O único ponto em comum entre o FUNRURAL e o INCRA e, por conseguinte, entre as suas contribuições de custeio, residiu no fato de que o diploma legislativo que as fixou teve origem normativa comum, mas com finalidades totalmente diversas.

3.3.

10) a contribuição para o INCRA, decididamente, não tem a mesma natureza jurídica e a mesma destinação constitucional que a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, instituída pela Lei 7.787/89.

Das conclusões resulta o entendimento de que a manutenção da jurisprudência que permite a compensação dos valores recolhidos a título de contribuição para o INCRA com a contribuição sobre a folha de salários, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/91, como pretende a empresa embargante, causará mais um incalculável “rombo” nos já combalidos cofres previdenciários, na medida em que deixará o INSS de arrecadar as contribuições que lhe são devidas, sem que essa autarquia tenha tido qualquer tipo de responsabilidade na hipótese em exame.

Lembro, por oportuno, que através da Lei 11.098/2005, as contribuições devidas a terceiros, recolhidas até então pelo INSS, passaram à União, por meio do Ministério da Previdência Social e da Secretaria da Receita Previdenciária, vindo posteriormente a MP 258/2005 a atribuir sua arrecadação à Receita Federal do Brasil.

Com a devida vênia dos Ministros que concluem em sentido diverso, ratifico, com essa complementação, o voto proferido na sessão de 26/04/2006, negando provimento aos embargos de divergência.”

Preliminarmente, convém rememorar a *ratio essendi* da criação da contribuição ao Incra, posto que, ao final, descortinar-se-á da sua sobrevivência sob esse aspecto. Para esse fim, merece transcrição as palavras de Simone Lemos Fernandes:

“Das contribuições cobradas em benefício do Serviço Social Rural e, posteriormente, transferidas para a Superintendência de Política Agrária, para o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário, para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, para o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

Todas essas entidades foram legalmente identificadas como beneficiárias de contribuições que tiveram origem na Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955. Esse diploma legal criou o Serviço Social Rural como entidade autárquica subordinada ao Ministério da Agricultura, conferindo-lhe estruturação e personalidade jurídica diferenciada da própria dos serviços sociais autônomos. Mas as contribuições criadas para o custeio de suas atividades inseriam-se na lógica corporativista que cercou a criação das contribuições para o SENAC, o SENAI, o SESI, o SESC e a LBA.

A Lei n. 2.613/55 instituiu três contribuições em benefício do Serviço Social Rural, que detinha como atribuições, dentre outras, a melhoria das condições de vida

da população do meio rural, a promoção da aprendizagem, o aperfeiçoamento das técnicas de trabalho adequadas ao meio rural, o fomento da economia das pequenas propriedades rurais e o incentivo da criação de comunidades, cooperativas ou associações rurais.

A primeira contribuição, criada por seu art. 6º, equivalente a 3% sobre a folha de salários, era devida por pessoas naturais ou jurídicas dedicadas às atividades de indústria do açúcar, indústria de laticínios, charqueadas, indústria do mate, extração de fibras vegetais e descaroçamento de algodão, indústria de beneficiamento de café, indústria de beneficiamento de arroz, extração do sal, extração de madeira, resina e lenha, matadouros, frigoríficos rurais, curtumes rurais e olaria. Esse grupo de empregadores, ao passar a pagar contribuição para o Serviço Social Rural, deixou de contribuir para os serviços sociais e de aprendizagem do comércio e da indústria, na forma do § lodo art. 6º da Lei n. 2.613/55.

A segunda, instituída pelo § 4º de seu art. 6º, era devida por todos os empregadores urbanos que não exerciam as atividades elencadas em seu caput, sendo equivalente a 0,3% sobre o total dos salários pagos. A terceira, equivalente a 1% sobre a folha de salários, era cobrada das empresas rurais não enquadradas nas atividades elencadas nos diversos incisos de seu art. 6º.

Consideramos que o pagamento dessas três contribuições pela classe empregadora justificava-se pelo interesse na melhoria da mão-de-obra rural, tão desqualificada, e motivava-se, igualmente, pelo compromisso de manutenção da carga fiscal, assumido com o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

A tormentosa evolução legislativa dessas contribuições dificulta, sobremaneira, sua classificação ao longo de todo o período durante o qual foram cobradas, sendo certo que somente no momento de sua criação eram contribuições corporativas, tendo migrado para subespécies diferenciadas, com o passar dos anos. Faremos um breve histórico da evolução legislativa dessas contribuições para melhor compreensão de sua natureza.

O Serviço Social Rural foi incorporado pela Superintendência de Política Agrária (SUPRA), autarquia subordinada ao Ministério da Agricultura, instituída pela Lei Delegada n. 11, de 11 de outubro de 1962, que passou a ser a entidade destinatária das contribuições instituídas pela Lei n. 2.613/65. A receita dessas contribuições passou a ser aplicada na formulação, planejamento, promoção e execução da reforma agrária, motivo pelo qual, em nosso entendimento, elas passaram a deter natureza de contribuições de intervenção no domínio econômico. A partir desse momento, essas contribuições deixaram, portanto, de carregar características próprias do corporativismo, passando a servir à política econômica do governo. Sua evolução legislativa posterior fez com que fossem, posteriormente, destinadas a entidades diversas como o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA), o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e o FUNRURAL/PRORURAL. À exceção dessas últimas entidades, sobre as quais nos manifestaremos a seguir, todas as demais, a exemplo

da Superintendência de Política Agrária, dedicavam-se à implementação da reforma agrária em nosso país, utilizando as receitas das contribuições originariamente destinadas ao Serviço Social Rural para a consecução de seus objetivos institucionais. Assim, consideramos que as contribuições instituídas pela Lei n. 2.613/55 somente tiveram natureza de contribuições corporativas no período que medeou a promulgação desse diploma legislativo e a da Lei Delegada n. 11, de 11 de outubro de 1962.

Não obstante, identificamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal,²⁴ proferida em setembro de 1987, na qual o Relator, Ministro Octávio Gallotti, a despeito de não se manifestar expressamente sobre a natureza da contribuição instituída pelo art. 6º da Lei n. 2.613/55, quando, após inúmeras alterações legislativas, já se encontrava destinada ao INCRA pelo Decreto-Lei n. 1.146-70, acompanhou parecer lavrado pelo ilustre Consultor Geral da República, no qual estava consignado ser uma “espécie para-fiscal que à União é facultado instituir tendo em vista o interesse de categorias profissionais (art. 21, § 2º, I, da Constituição)”. A falta de manifestação expressa do ilustre Relator, ou de qualquer outro Ministro do Supremo Tribunal Federal, a respeito da natureza jurídica da contribuição questionada impede que o julgamento seja considerado como referência para qualquer tipo de posicionamento daquela egrégia Corte. Salientamos, ademais, a completa falta de propósito de se considerar uma contribuição destinada ao INCRA como corporativa, já que expressamente instituída para possibilitar a operacionalização da reforma agrária.

Prosseguimos na evolução legislativa das contribuições criadas pela Lei n. 2.613/55, após sua transferência à SUPRA pela Lei Delegada n. 11/62. Pouco tempo depois, a Lei n. 4.501, de 30 de novembro de 1964 - Estatuto da Terra-, extinguiu a SUPRA e dividiu suas atribuições e as receitas que arrecadava entre o INDA e um órgão do Serviço Social da Previdência, que atenderia aos trabalhos rurais. Ao INDA foram reservadas as atribuições relativas à extensão rural e 50% da arrecadação das antigas contribuições destinadas à SUPRA, na forma do inciso I do art. 117 do mencionado diploma normativo. Ao órgão do Serviço Social da Previdência foram reservadas as atribuições de atendimento aos trabalhos rurais e o restante da arrecadação anteriormente destinada àquela Superintendência.

Assim, as pessoas naturais ou jurídicas que exerciam as atividades elencadas na Lei n. 2.613/55 passaram a ser sujeitos passivos de uma contribuição, para o INDA, equivalente a 1,5% sobre a soma paga a seus empregados, e outra para o órgão do Serviço Social da Previdência no mesmo valor. As empresas de atividades rurais não enquadradas nas atividades mencionadas passaram a ser sujeitos passivos dessas duas contribuições, equivalentes, cada uma delas, a 0,5% sobre a soma paga a seus empregados. E os demais empregadores urbanos que não exerciam as atividades mencionadas passaram também a ser sujeitos passivos dessas duas contribuições, na proporção de 0,15% sobre a soma paga a seus empregados, cada uma delas.

Podemos dizer que, com a promulgação do Estatuto da Terra, houve a cisão de uma contribuição de intervenção no domínio econômico em duas outras, sendo que

uma delas, a dirigida ao INDA, manteve a sua natureza jurídica, e a outra, destinada ao órgão de previdência dos trabalhadores rurais, passou a possuir natureza de contribuição socioprevidenciária.

Novas modificações foram implementadas às contribuições exigidas das empresas urbanas não elencadas na Lei n. 2.613/55. De fato, a Lei n. 4.863, de 19 de novembro de 1965, que unificou a cobrança das contribuições incidentes sobre a folha de salários, aumentou para 0,4% a contribuição devida ao INDA e ao órgão de previdência dos trabalhadores rurais, mantida a proporção de 50% para cada. Essa modificação legislativa não implicou modificação na natureza jurídica dessas exações.

A contribuição exigida das empresas rurais não enquadradas nas atividades elencadas pela Lei n. 2.613/55 foi modificada pelo Decreto-Lei n. 58, de 21 de novembro de 1966, tendo, na forma de seu art. 3º, passado a ser calculada na base de 1% do salário-mínimo regional anual, para cada módulo atribuído ao respectivo imóvel rural.

Em seguida, assistimos à edição do Decreto-Lei n. 276, de 28 de fevereiro de 1967 que, alterando o disposto nos arts. 158 e 160 da Lei n. 4.214/63, dispôs que a contribuição criada pelo art. 117, item II, da Lei n. 4.504/64, seria destinada ao Fundo de Assistência e Previdência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) para o custeio da prestação de assistência médico-social ao trabalhador rural e seus dependentes. Assim, as três contribuições devidas na forma da Lei n. 2.613/55, passaram a ter metade de seu valor destinado ao INDA e metade ao FUNRURAL.

O Decreto-Lei n. 582, de 15 de maio de 1969, editado para acelerar a reforma agrária, destinou toda a receita derivada das contribuições instituídas pelo caput do art. 6º e pelo art. 7º, ambos da Lei n. 2.613/55, ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA). O Decreto-Lei n. 1.110/70, extinguindo o IBRA, destinou ao INCRA todo o produto da arrecadação dessas contribuições.

O mencionado Decreto-Lei n. 582/69 não destinou, no entanto, toda a receita relativa à contribuição paga pelos empregadores urbanos não elencados pela Lei n. 2.613/65 para o IBRA, como fez com as demais. Manteve a cobrança de parte dessa contribuição para o FUNRURAL, na base de 0,2% sobre a folha de salários, e dividiu a outra parte entre o IBRA e o INDA, na proporção de 0,1% para cada um. O Decreto-Lei n. 1.110/70 manteve a cobrança de 0,2% para o FUNRURAL, destinando a parte da contribuição dirigida ao IBRA e ao INDA para o INCRA. A Lei Complementar n. 11/71 elevou a parte da contribuição destinada ao FUNRURAL para 2,4%, determinando que fosse empregada no custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e manteve a cobrança da contribuição de 0,2% sobre a folha de salários para o INCRA. As contribuições destinadas ao FUNRURAL para a manutenção do PRORURAL foram extintas pelo art. 3º, § 1º, da Lei n. 7.787, de 30 de junho de 1989. Subsiste a cobrança da contribuição de 0,2% para o INCRA, cobrada das empregadoras urbanas não elencadas no caput do art. 6º da Lei n. 2.613/55, já que não houve

revogação expressa ou tácita dos art. 3º c/c o 1º, ambos do Decreto-Lei n. 1.146/70, pela Lei n. 7.787/89 que, em seu art. 3º, somente englobou a parte da contribuição devida ao FUNRURAL para aplicação no PRORURAL na alíquota de 20%, própria da contribuição das empresas à Previdência Social.” (FERNANDES, Simone Lemos; “Contribuições Neocorporativas na constituição e nas leis”, págs. 127/134, Del Rey, Belo Horizonte, 2005)

A exegese Pós-Positivista imposta pelo atual estágio da ciência jurídica impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Carta Maior.

Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

Nesse segmento, a Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de contribuição de Intervenção estatal no domínio Econômico.

Deveras, coexistente com aquela, a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo *nomen juris*.

A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são amazonicamente distintas, e *a fortiori*, infungíveis para fins de compensação tributária.

Nada obstante, a revelação da nítida natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o *thema iudicandum*, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

Nesse segmento, como consectário do princípio da legalidade, não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c. art. 97 do CTN).

A observância da evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.

Sob essa ótica, à míngua de revogação expressa e inconciliável, a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações *sub judice*, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

Tal interpretação se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

A aplicação axiológica ou principiológica do Direito consubstancia, hodiernamente, a tônica na solução das questões judiciais.

Consoante tivemos oportunidade de ressaltar no REsp 541.239/DF, julgado em 09.11.2005:

“A esse respeito destacou o eminente Professor Luís Roberto Barroso, in Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós -Positivismo), Revista da AJUFE, p. 51-85, litteris:

“III. PÓS-POSITIVISMO E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS.

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição,

explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do “intérprete.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada ("all or nothing"). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de ludo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia - pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior -, o cronológico - onde a lei posterior prevalece sobre a anterior - e o da especialização - em que a lei específica prevalece sobre a lei

geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Relembre-se: enquanto as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa - ou, então, são violadas -, os princípios são ponderados.

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v, infra) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterá termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria. Esta não é, todavia, a instância própria para desenvolvê-las.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo. (grifo nosso)

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Há dois outros princípios que despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. O primeiro percorreu longa trajetória no direito anglo-saxão - notadamente nos Estados Unidos - e chegou ao debate nacional amadurecido pela experiência alemã, que o vestiu com o figurino da argumentação romano-germânica e batizou-o de princípio da proporcionalidade. O segundo - a dignidade da pessoa humana - ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível 3/4 ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores

do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Aos poucos se vai formando uma massa crítica de jurisprudência acerca do princípio, tendo como referência emblemática a decisão do Conselho de Estado francês, no curioso caso Morsang-sur-Orge. No Brasil, o princípio tem sido fundamento de decisões importantes, superadoras do legalismo estrito, como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (...)

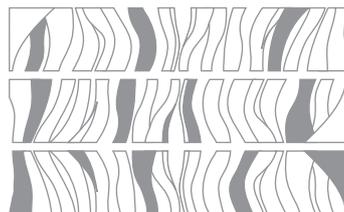
omissis

Encerra-se esse tópico com uma síntese das principais idéias nele expostas. O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.(...)

Desta sorte, razão assiste ao Incra e ao INSS acerca da sua legitimidade e higidez da contribuição (adicional de 0,2%) que é destinada ao primeiro, o que implica na ausência de direito à repetição de indébito pela contribuinte e, consecutivamente, torna prejudicadas as demais questões suscitadas.

Com essas considerações, *DOU PROVIMENTO* aos recursos especiais do Incra e do INSS.

É como voto.



Súmula n. 517

SÚMULA N. 517

São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada.

Referências:

CPC, arts. 20, § 4º; 475-I; 475-J, e 543-C.

Lei n. 11.232/2005.

Precedentes:

REsp	1.028.855-SC	(CE, 27.11.2008 – DJe 05.03.2009)
(*)REsp	1.134.186-RS	(CE, 1º.08.2011 – DJe 21.10.2011) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	1.226.298-RS	(1ª T, 15.12.2011 – DJe 08.02.2012)
REsp	1.259.256-SP	(2ª T, 06.09.2011 – DJe 14.09.2011)
AgRg no AREsp	353.381-SP	(2ª T, 05.09.2013 – DJe 18.09.2013)
AgRg no AREsp	288.042-RJ	(2ª T, 19.11.2013 – DJe 29.11.2013)
REsp	978.545-MG	(3ª T, 11.03.2008 – DJe 1º.04.2008)
AgRg no Ag	1.054.379-SP	(3ª T, 26.04.2011 – DJe 06.05.2011)
AgRg no REsp	1.150.602-SP	(3ª T, 05.05.2011 – DJe 17.05.2011)
AgRg no Ag	1.287.256-RS	(3ª T, 02.06.2011 – DJe 09.06.2011)
AgRg no AREsp	42.719-PR	(3ª T, 22.11.2011 – DJe 12.12.2011)
AgRg no REsp	1.198.098-SP	(3ª T, 21.08.2012 – DJe 27.08.2012)
AgRg no REsp	1.360.690-RS	(3ª T, 20.08.2013 – DJe 29.08.2013)
EDcl no REsp	1.019.953-MG	(4ª T, 09.08.2011 – DJe 22.08.2011)
AgRg no REsp	1.177.517-RS	(4ª T, 25.10.2011 – DJe 07.12.2011)
AgRg no REsp	1.124.499-RJ	(4ª T, 12.06.2012 – DJe 20.06.2012)
AgRg no AREsp	133.984-RS	(4ª T, 19.06.2012 – DJe 26.06.2012)

AgRg no REsp 1.337.869-RS (4ª T, 11.09.2012 – DJe 24.09.2012)
AgRg no AREsp 214.145-SP (4ª T, 02.10.2012 – DJe 05.10.2012)
AgRg no REsp 1.170.599-RS (4ª T, 24.09.2013 – DJe 02.10.2013)
AgRg no REsp 1.199.034-SP (4ª T, 22.10.2013 – DJe 06.11.2013)
AgRg no REsp 1.325.299-SP (4ª T, 26.11.2013 – DJe 04.12.2013)
REsp 1.012.280-MA (4ª T, 05.08.2014 – DJe 17.09.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Corte Especial, em 26.2.2015

DJe 2.3.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.134.186-RS (2009/0066241-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogado: Mônica Goes de Andrade Mendes de Almeida e outro(s)

Recorrido: Sônia Carvalho Leffa Lumertz

Advogado: Silvana Bueno de Lima e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a oposição do “cumpra-se” (REsp n. 940.274/MS).

1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelas Sras. Ministras Eliana Calmon e Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Castro Meira, Massami Uyeda e Humberto Martins, a Corte Especial, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Eliana

Calmon, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Francisco Falcão e Maria Thereza de Assis Moura.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 1º de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 21.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de impugnação ao cumprimento de sentença, manejada por Brasil Telecom S/A em face de pedido formulado por Sônia Carvalho Leffa Lumertz. No processo de conhecimento, a autora, ora recorrida, obteve sentença condenando a ré a cumprir obrigação de fazer, consistente na entrega de ações não-subscritas, convertida em perdas e danos, que totalizou R\$ 420.891,40 (fl. 34, e-STJ), com decisão transitada em julgado.

A impugnação foi desacolhida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, sem, contudo, condenar a impugnante ao pagamento de honorários advocatícios, ao argumento de que são incabíveis em sede de incidente processual (fls. 88/91).

Interposto agravo de instrumento, o recurso foi monocraticamente provido pelo relator, decisão contra a qual foi manejado agravo interno, cuja ementa é a seguinte:

AGRAVO INTERNO. BRASIL TELECOM. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Argumentos já rechaçados quando do julgamento do agravo de instrumento.

O simples fato de a nova sistemática processual introduzida pela Lei n. 11.232/05 ter passado a considerar a execução como um mero procedimento

incidental não impede o arbitramento de verba honorária, mormente no caso concreto em que a devedora não cumpriu de imediato e de forma espontânea a decisão, reabrindo nova discussão sobre a questão de fundo, ensejando trabalho do causídico. Interpretação do espírito da nova legislação.

AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (fl. 113/116, e-STJ)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 136/139, e-STJ).

Sobreveio recurso especial, arrimado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no qual há alegação de ofensa ao art. 20, § 4º, ao argumento de que “sendo o cumprimento de sentença apenas uma nova fase do processo de conhecimento, não há justificativa para que sejam fixados novamente honorários advocatícios”. Assim, “mesmo que haja impugnação, a decisão que a solve não pode condenar a parte vencida a pagar honorários advocatícios, pois não existe a rigor sentença” (fls. 148/150, e-STJ).

Sinaliza, ademais, dissídio jurisprudencial em relação a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contra-arrazoado (fls. 156/162, e-STJ), o especial foi admitido (fls. 165/168).

Considerando a multiplicidade de recursos a versar o tema ora em debate, afetei o presente feito à apreciação desta E. Corte Especial, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso especial (fls. 192/194, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cuida-se de saber se são devidos e, em caso positivo, como devem incidir os honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, de acordo com a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a partir da edição da Lei n. 11.232/05.

2.1. A celeuma nasce com a implementação da chamada terceira etapa da reforma processual civil, iniciada com a Lei n. 8.952/94, interpolada pela Lei n.

10.444/02 e, finalmente, chegando-se à Lei n. 11.232/05, a qual assume postura sincrética em relação às tutelas de conhecimento e executiva.

Com efeito, as tutelas declaratória/condenatória e executiva prestadas pelo Estado manifestam-se com a instalação de apenas uma relação processual, tão logo o réu seja citado para responder à petição inicial do autor até o pronto cumprimento da obrigação imposta, sem necessidade de, após declarado o direito, proceder-se a nova instauração de processo satisfativo.

Não obstante, é de se agitar, para logo, o alerta de Barbosa Moreira sobre o tema, para quem:

Raiaria pelo absurdo, note-se, pensar que a Lei n. 11.232 pura e simplesmente 'aboliu a execução'. O que ela aboliu, dentro de certos limites, foi a necessidade de instaurar-se novo processo, formalmente diferenciado, após o julgamento da causa, para dar efetividade à sentença - em linguagem carneluttiana, para fazer que realmente seja aquilo que deve ser, de acordo com o teor do pronunciamento judicial. (*Cumprimento e Execução de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais*. In. Revista Dialética de direito Processual, n.º 42, p. 56)

2.2. De fato, “execução” é espécie de tutela judicial (e não de processo), sendo certo que a atividade estatal levada a efeito após a sentença - quer se instaure um processo autônomo, quer se desenrole de forma continuada à tutela anterior - não deixa de ser execução.

Nesse passo, muito embora os artigos regentes da nova tutela executiva estejam sob o título “Do cumprimento da sentença”, o legislador manteve a técnica antiga ao proclamar no art. 475-I que “o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, *por execução*, nos termos dos demais artigos deste Capítulo” (grifado).

2.3. Essa característica do cumprimento de sentença - a de se tratar de verdadeira execução - é o bastante para atrair a incidência do art. 20, § 4º, do CPC, porquanto tal dispositivo não cogita deveras de “processo de execução”, como tenta demonstrar parte pequena da doutrina, mas de “execução” apenas, *verbis*:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

3. De fato, a Lei n. 11.232/05 nada disse sobre os honorários advocatícios nessa nova etapa processual.

Malgrado a omissão legislativa, deve-se concluir pelo seu cabimento.

3.1. O valor a ser fixado diz respeito ao trabalho do advogado em relação à nova fase de cumprimento de julgado, não se confundindo com aquele outro estabelecido no processo de conhecimento.

Nesse particular, verifique-se o ensinamento de Araken de Assis:

É omissa a disciplina do 'cumprimento da sentença' acerca do cabimento dos honorários advocatícios. No entanto, harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias – razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art. 475-J, *caput*) -, a fixação de honorários em favor do exeqüente, senão no ato que deferir a execução, no mínimo na oportunidade do levantamento do dinheiro penhorado ou do produto de alienação dos bens. Os honorários advocatícios já contemplados no título judicial (e sequer em todos) se referem ao trabalho desenvolvido no processo de conhecimento, conforme se infere das diretrizes contempladas no art. 20, § 3º, para sua fixação na sentença condenatória. E continua em vigor o art. 710: retornam as sobras ao executado somente após a satisfação principal, dos juros, da correção, das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Do contrário, embora seja prematuro apontar o beneficiado com a reforma, já se poderia localizar o processo e incidentes, a exemplo da impugnação do art. 475-L, sem a devida contraprestação (*in* Cumprimento de sentença, Editora Forense, 2006, p. 264).

Entendo que com mais razão são cabíveis honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, porquanto as Leis 11.232/05 e 11.382/06, além de transformações de índole procedimental, reafirmaram tendência processualista de retirar o devedor-vencido de seu tradicional estado de passividade e imputar-lhe o ônus de sua inércia. Sinais dessa vontade legislativa podem ser encontrados no próprio art. 475-J, que prevê multa de 10% em caso de não-cumprimento voluntário da sentença no prazo de 15 dias, e no art. 600, inciso IV, o qual considera ato atentatório à dignidade da justiça o executado não indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora.

Mostram-se relevantes, ademais, as ponderações da e. Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do REsp n. 978.545/MG, para quem:

“(…) há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei n. 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

(...)

Nesse contexto, de nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação.

Considerando que para o devedor é indiferente saber a quem paga, a multa do art. 475-J do CPC perderia totalmente sua eficácia coercitiva e a nova sistemática impressa pela Lei n. 11.232/05 não surtiria os efeitos pretendidos, já que não haveria nenhuma motivação complementar para o cumprimento voluntário da sentença. Ao contrário, as novas regras viriam em benefício do devedor que, se antes ficava sujeito a uma condenação em honorários que poderia alcançar os 20%, com a exclusão dessa verba, estaria agora adstrito tão-somente a uma multa no percentual fixo de 10%.

Muito embora haja doutrina de nomeada (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. 1ª ed. Editora Forense), inclusive com reflexos em julgamento turmário no âmbito deste STJ, no sentido de que “não é cabível, por ausência de disposição legal, novos honorários advocatícios pelo fato de o exequente ser obrigado a requerer o cumprimento de sentença” (REsp 1.025.449/RS, rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA), não me parece consentâneo com a reforma o entendimento.

Deveras, é o próprio art. 475-R do CPC que determina aplicar “subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”.

Vale dizer, se são cabíveis honorários advocatícios em execuções “embargadas ou não”, nada mais lógico e razoável também caber a fixação das verbas advocatícias em pedidos de cumprimento de sentença, impugnados ou não.

Com efeito, havendo pedido de cumprimento (execução) do título constituído na fase de conhecimento - ou seja, escoado o prazo de 15 dias previsto no art. 475-J do CPC -, mesmo que o devedor pague sem resistência, incidirão novos honorários advocatícios, porquanto o que determina a fixação da verba é o princípio da causalidade.

Nesse sentido, é certo que, transcorrido em branco o prazo do art. 475-J sem pagamento voluntário da condenação, o devedor dará causa à instalação da nova fase (execução), sendo de rigor o pagamento também de novos honorários a serem fixados de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

3.2. Esse entendimento - de que é cabível a fixação de honorários na fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação - é aceito de forma torrencial nesta Casa:

PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI N. 11.232/05. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE.

- A alteração da natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não".

- O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução.

Ora, se nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a execução comporta o arbitramento de honorários e se, de acordo com o art. 475, I, do CPC, o cumprimento da sentença é realizado via execução, decorre logicamente destes dois postulados que deverá haver a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

- Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.

- Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei n. 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art.

475-J do CPC. Seria inútil a instituição da multa do art. 475-J do CPC se, em contrapartida, fosse abolida a condenação em honorários, arbitrada no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.028.855/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, DJe 05/03/2009)

No mesmo sentido, cito outros vários precedentes: REsp 1.084.484/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009; REsp 1.054.561/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA; REsp 1.165.953/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA; AgRg no Ag 1.066.765/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA; REsp 1.130.893/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA.

3.3. É de se ressaltar que o momento processual adequado para o arbitramento dos honorários pelo juízo, em fase de cumprimento de sentença, é o mesmo da execução de títulos extrajudiciais, ou da antiga execução de título judicial. É dizer, podem ser fixados tão logo seja despachada a inicial - caso o magistrado possua elementos para o arbitramento -, sem prejuízo, contudo, de eventual revisão ao final, tendo em vista a complexidade superveniente da causa, a qualidade e o zelo do trabalho desenvolvido pelo causídico, dentre outros aspectos.

Vem a calhar o magistério de Araken de Assis:

Nenhum juiz é adivinho. Fixará o órgão judiciário os honorários na execução, por equidade (art. 20, § 4º), avaliando a inicial sob seus olhos e projetando os trabalhos normais que competirão, posteriormente, ao advogado do exequente. Nada impede que, no estágio final da entrega do dinheiro, o órgão judiciário reexamine a verba inicialmente arbitrada, considerando o efetivo trabalho e a técnica superior das peças processuais juntadas pelo advogado do exequente.

Também esta Corte vem entendendo que a verba honorária pode ser fixada de início na execução ou em momento posterior, diante de elementos que melhor informem o juízo acerca do valor devido:

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO CABIMENTO.

- Na execução por título judicial, são devidos os honorários advocatícios, ainda que não embargada. Fixação, todavia, relegada para o momento em que o Magistrado dispuser de elementos suficientes para tanto.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 604.560/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 29/11/2004 p. 346)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA AB INITIO. RECUSA DO JUÍZO. AGRAVO. IMPROVIMENTO. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA N. 13-STJ. OFENSA AO ART. 20, § 4º, NÃO CARACTERIZADA. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DOS HONORÁRIOS EM MOMENTO ULTERIOR.

I. Não se configura o dissídio jurisprudencial se os arestos paradigmas do STJ não trazem a mesma particularidade discutida nos autos e os demais emanam da própria Corte *a quo*, atraindo a incidência da Súmula n. 13.

II. Conquanto devida a verba honorária na execução por título judicial, embargada ou não, inexistente imposição, no art. 20, parágrafo 4º, do CPC, para que seja fixada *ab initio*, podendo ocorrer a imposição do valor da sucumbência em momento em ulterior.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 612.666/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2004, DJ 14/02/2005 p. 213)

4. Porém, a discussão cresce quando ocorre impugnação ao cumprimento da sentença, como no caso ora tratado, em que o incidente foi rejeitado pelo juízo, sem o arbitramento de honorários advocatícios, somente sendo reformada a decisão em grau de recurso.

4.1. Necessária se faz a investigação acerca da natureza jurídica da *novel* impugnação ao cumprimento de sentença, criada pela Lei n. 11.232/05, para só então saber se a decisão que a rejeita ou a acolhe rende ensejo a honorários de advogado.

Na sistemática antiga, os embargos à execução eram, quase à unanimidade, considerados ação autônoma de conhecimento e a sentença que o julgava deveria condenar o sucumbente nas verbas de advogado.

Há quem defenda que a impugnação ao cumprimento da sentença possui também natureza de ação, com honrosa representação de Arruda Alvim (*Aspectos polêmicos da nova execução, v. III, p. 45/50*) e Araken de Assis (*Manual da execução. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1.177*).

Por outro lado, há também respeitável posição a afirmar que “a natureza jurídica da impugnação depende do que por meio dela se alegue” (José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da nova execução, v. III, p. 400*). Nesse caso, a impugnação ora apresenta-se como incidente processual - acaso verse sobre inexistência de requisitos de executividade ou vício procedimental - ora ação incidental -, caso as teses defensivas digam respeito à inexistência da obrigação contida no título executivo. Respectivamente, a impugnação assumiria feições de exceção de pré-executividade ou de embargos à execução.

De resto, a impugnação seria pura e simplesmente um incidente processual ou uma defesa incidental, teses encabeçadas por Athos Gusmão Carneiro (*Revista da Ajuris, n. 102, pp. 65/66*), Ernane Fidélis dos Santos (*As reformas de 2005 do Código de Processo Civil, p. 60*) e Alexandre Freitas Câmara (*A nova execução. 5 ed. p. 135/136*).

Não obstante as respeitáveis posições doutrinárias em contrário, é de se considerar como traço de relevância o rompimento do novo sistema com as idéias *liebmanianas* de segregação de ação de conhecimento e de execução.

Por isso, parece melhor opção a tese segundo a qual a impugnação ao cumprimento de sentença é mero incidente processual, mesmo porque esse foi o espírito da reforma, de simplificar o procedimento de satisfação do direito, unindo em uma só relação processual a tutela cognitiva e a executiva.

Com efeito, não há mais a preocupação em se examinar apartadamente os pedidos relativos a “processo de conhecimento” e a “processo de execução” - tal como concebido por Liebman -, sendo que a se considerar a impugnação uma ação de conhecimento incidental haveria, deveras, um retorno à sistemática revogada, em que somente mediante ação própria de conhecimento (embargos à execução) poderiam ser discutidos eventuais vícios da pretensão executória do autor - a salvo a pena criativa de Pontes de Miranda a conceber a exceção de pré-executividade para matérias de ordem pública, com prova pré-constituída.

4.2. Por outro lado, a decisão que solvia os embargos à execução (sentença) era sempre impugnável pela via da apelação, sendo que a impugnação ao cumprimento de sentença está sujeita a recurso *secundum eventum litis*, vale dizer, caberá agravo de instrumento em caso de rejeição total ou parcial da impugnação, ou apelação - recurso que somente hostiliza sentença - em caso de acolhimento, porquanto extinta estará a execução (art. 475-M, § 3º).

Na sistemática anterior, destarte, de oposição à execução mediante embargos, a jurisprudência da Casa era firme em proclamar o cabimento dos honorários, tanto na execução quanto nos embargos, mas precisamente porque estes eram considerados ação de conhecimento autônoma, extinta por sentença.

Confira:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PROCESSO DE EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - NATUREZA - AÇÃO DE CONHECIMENTO - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA NO ÂMBITO DA CORTE ESPECIAL DO STJ.

I - Mais do que mero incidente processual, os embargos do devedor constituem verdadeira ação de conhecimento. Neste contexto, é viável a cumulação dos honorários advocatícios fixados na ação de execução com aqueles arbitrados nos respectivos embargos do devedor. Questão jurídica dirimida pela Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 97.466/RJ.

II - Conhecimento e provimento dos Embargos de Divergência.

(REsp 81.755/SC, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/02/2001, DJ 02/04/2001 p. 247)

4.3. Porém, tal solução não me parece cabível em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

É que se deve ter sempre em mira o princípio da causalidade, segundo o qual arcará com as verbas de advogado quem deu causa à lide, deduzindo pretensão ilegítima ou resistindo a pretensão legítima. Nesse sentido, a causalidade, como bem advertira Chiovenda, está intimamente relacionada com a inevitabilidade do litígio:

O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre [quem] deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor. O que é necessário, em todo caso, é que a lide “fosse evitável” da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa). E esta inevitabilidade poderá consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma (CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 36).

Nesse passo, mostra-se consentânea com o princípio a fixação de honorários no cumprimento da sentença, porquanto a *inércia* do vencido deu causa à instalação de um novo procedimento executório, muito embora nos mesmos autos.

Porém, aviando o executado a sua impugnação, restando vencido a final, não se vislumbra nisso causa de instalação de nenhum outro procedimento novo, além daquele já aperfeiçoado com o pedido de cumprimento de sentença.

Por outro lado, em caso de sucesso da impugnação, com extinção do feito mediante sentença (art. 475-M, § 3º), revela-se que quem deu causa ao procedimento de cumprimento de sentença foi o exequente, devendo ele arcar com as verbas advocatícias.

4.4. Em realidade, da leitura atenta do art. 20 e seus parágrafos, extrai-se clara a conclusão de que, exceto em execução, somente a *sentença* arbitra honorários advocatícios (*caput*), sendo devida apenas *despesas* em caso de incidentes processuais (§ 1º), considerando-se como tais apenas as “custas dos atos do processo”, “indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico” (§ 2º), mas não honorários.

Vale dizer, há clara diferenciação entre *despesas* e *honorários*, sendo que em incidentes somente cabem aquelas, exceção feita se porventura o incidente gerar

a extinção do processo - como o acolhimento da exceção de pré-executividade ou da impugnação -, circunstância que, deveras, reclama a prolação de *sentença*, subsumindo-se o fato processual ao *caput* do art. 20 do CPC.

Uma vez mais, valho-me da doutrina do professor Yussef Saide Cahli:

Entenda-se, pois - e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida - que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidi-lo, condenará nas despesas, e só nelas, sem, portanto, a condenação em honorários de advogado (base na regra da sucumbência do art. 20), aquele que o provocou, que lhe deu causa inutilmente. (*Idem*, p. 216)

4.5. Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, a impugnação ao cumprimento de sentença se assemelha muito mais à exceção de pré-executividade - que é defesa endoprocessual - do que aos embargos à execução, sendo de todo recomendável a aplicação das regras e princípios àquela inerentes para o desate da celeuma relativa ao cabimento de honorários advocatícios em sede de impugnação ao cumprimento da sentença.

No que concerne ao cabimento de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade, a jurisprudência desta Corte Especial resolveu a controvérsia, ao proclamar o cabimento da verba apenas quando acolhida a objeção, com consequente extinção da execução, restando indevida no caso de rejeição da insurgência:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCABIMENTO.

1. Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade julgada improcedente.

2. Precedentes.

3. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.

(REsp 1.048.043/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2009, DJe 29/06/2009)

Transcrevo como razões de decidir os substanciosos fundamentos do e. Ministro Hamilton Carvalhido, na relatoria do precedente acima mencionado:

Em casos tais, a impugnação ocorre por meio de simples petição nos próprios autos e possui natureza de mero incidente processual, para o qual a lei processual não prevê o cabimento de honorários advocatícios, ao dispor:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.”

(...)

A propósito do tema, veja-se a doutrina de Yussef Said Cahali:

“(…)

No sistema processual do Código de 1939, o adjetivo (sentença final), com um conceito restrito de causa, levou o Tribunal de Justiça de São Paulo a proclamar que o art. 64 não se aplicava aos processos incidentes: ‘Somente incidirá na decisão final da causa principal, quando se apreciam todas as questões discutidas, inclusive as incidentes, apurando-se então a sucumbência das partes em toda a sua extensão.

O novo Código de Processo refere-se simplesmente à sentença, sem atribuir-se qualquer qualificativo, como sendo o provimento judicial com que se ‘condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios’ (art. 20); entendendo-se, porém, como a sentença final ou definitiva, do Direito anterior e da doutrina.

Segue-se, porém, o primeiro parágrafo que, se não for interpretado em consonância com o todo do dispositivo e divorciado do sistema do processo, pode degenerar em contradições, ao estatuir que ‘o juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.’

Inobstante o teor da disposição legal, trata-se, em realidade de caso em que não tem aplicação a regra da sucumbência, mas, sim e exatamente, o princípio da causalidade, senão, mesmo, da culpa.

(…)

Pois, antecipando o que melhor será examinado oportunamente (cap. XII), referindo-se especificamente o § 1º do art. 20 a despesas, nestas não se incluem necessariamente - segundo a pretensa linguagem técnica do novo Código de Processo Civil - os honorários de advogado; o que, aliás, é realçado pelo próprio Pontes de Miranda.

Entenda-se, pois - e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida - que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidi-lo, condenará nas despesas, e só nelas, sem, portanto, a condenação em honorários de advogado (base na regra da sucumbência do art. 20), aquele que o provocou, que lhe deu causa inutilmente.

(…)

*Em linha de princípio, tem-se que, na técnica do novo Código de Processo, qualifica-se como incidente toda e qualquer questão suscitada no curso do processo e que se resolve através de um provimento judicial sem as características de uma sentença. As questões suscitadas, e que, **acolhidas**, determinam a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), e bem assim a extinção do processo com julgamento de mérito (art. 269), como provimento judicial de que caberá apelação (art. 515), passam a constituir a questão principal na decisão da lide, resolvida sob a forma de provimento final e definitivo sob forma de sentença; e, como tal, a carga de responsabilidade das custas e dos honorários de advogado se faz segundo a regra do art. 20, caput.*

(...)

(in Honorários Advocatícios, 2ª ed., RT, pág. 215/220).

Não testilha com essa posição diversos outros precedentes sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. INCABÍVEL. ART. 20, § 1º, DO CPC.

I. Improcedente o incidente de exceção de pré-executividade, devido o pagamento das despesas respectivas pelo petionário à parte contrária, mas não de honorários, haja vista o prosseguimento da execução (art. 20, § 1º, do CPC), sem que tenha termo o processo.

II. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

(REsp 694.794/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 19/06/2006 p. 143)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO.

De acordo com recente julgado desta 5ª Turma (REsp n. 442.156-SP, rel. Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 11/11/2002), a condenação ao pagamento de verba honorária somente é cabível no caso em que a exceção de pré-executividade é julgada procedente, com a conseqüente extinção da execução. Ao réves, vencido o excipiente-devedor, prosseguindo a execução (como ocorreu *in casu*), incabível é a condenação em verba honorária.

Recurso provido.

(REsp 446.062/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 10/03/2003 p. 295)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC – EFEITO INFRINGENTE –

EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ACOLHIMENTO DO INCIDENTE.

1. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.

2. Verificada a rejeição da exceção de pré-executividade, indevida é a verba honorária, devendo a mesma ser fixada somente no término do processo de execução fiscal.

3. Embargos de declaração rejeitados (ambos).

(EDcl no REsp 1.084.581/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 29/10/2009)

Com efeito, por analogia ao que ocorre com a exceção de pré-executividade, em incidente processual de impugnação ao cumprimento da sentença, somente são cabíveis honorários advocatícios em caso de acolhimento, com a consequente extinção do procedimento executório.

4.6. Cumpre assinalar, no entanto, que o acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCCORRÊNCIA. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP 1.102.431/RJ, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

[...]

4. A jurisprudência do STJ entende ser cabível a condenação em verba honorária, nos casos em que a Exceção de Pré-Executividade for julgada procedente, ainda que em parte.

5. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1.198.481/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 16/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. ART. 20, § 1º, DO CPC.

1. O STJ entende que somente cabe a imposição do pagamento de verba sucumbencial quando o pedido do excipiente é acolhido e o processo de execução é extinto, ainda que parcialmente. Precedentes.

[...]

(REsp 1.106.152/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/09/2010)

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. É cabível a fixação de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade acolhida para a extinção parcial da execução.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1.192.177/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CÁLCULO SEGUNDO APRECIÇÃO EQUITATIVA (CPC, ART. 20, § 4º).

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que é cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de acolhimento de exceção de pré-executividade. A orientação se aplica à Fazenda Pública, na execução fiscal.

2. Em casos tais, a verba honorária deve ser fixada segundo aplicação equitativa do juiz, com base no art. 20, § 4º do CPC.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 949.881/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJe 29/05/2008)

Processo Civil. Agravo no recurso especial. Exceção de pré-executividade. Fixação de honorários. Possibilidade.

- Se configurada a sucumbência, deve incidir a verba honorária em hipótese de acolhimento parcial de exceção de pré-executividade, mesmo que não extinta a execução, porquanto exercitado o contraditório. Precedentes.

Agravo no recurso especial não provido.

(AgRg no REsp 631.478/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2004, DJ 13/09/2004, p. 240)

4.7. É de se ressaltar ainda que o aviamento de impugnação não compromete, por si só, a regular marcha do cumprimento da sentença, porquanto o sistema de efeito suspensivo agora é *ope iudicis*, cabendo ao juiz suspender ou não o procedimento (art. 475-M, *caput*), ao reverso do que ocorria com os embargos à execução, cujo efeito suspensivo era *ope legis* (antiga redação do art. 739, § 1º, do CPC).

Nesse passo, sendo infundada a impugnação, o procedimento executivo prossegue normalmente, cabendo, eventualmente, incidência de multa por litigância de má-fé ou por ato atentatório à dignidade da justiça, mas não honorários advocatícios.

Esse também é o entendimento de abalizada doutrina:

Seja qual for o alcance do *decisum*, o juiz condenará o(s) vencido(s) nas despesas do incidente (art. 20, § 1º), distribuindo-se os ônus no caso de êxito parcial. *Somente haverá condenação do(s) vencido(s) nos honorários advocatícios, arbitrados consoante apreciação equitativa, a teor do art. 20, § 4º, ocorrendo extinção da execução.(...)*

(...)

Julgada totalmente improcedente a impugnação, a execução prosseguirá na condição em que iniciou, ou seja, definitiva ou provisoriamente. (...) À semelhança do que sucede na exceção de pré-executividade, só cabe condenação nas despesas, a teor do art. 20, § 1º. (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1.191/1.192)

Assim, como já afirmado, em regra, a decisão que resolver a impugnação será interlocutória e, portanto, impugnável por meio de recurso de agravo. Apenas quando extinguir a execução, é que o recurso contra essa decisão será o de apelação.

A relevância de tais argumentos para o estudo da incidência de honorários advocatícios na impugnação está no fato de que a decisão da lide é pressuposto da sucumbência. Nessa esteira, não pode haver condenação nos honorários sucumbenciais quando se decide qualquer questão incidental (art. 20, § 1º, do CPC).

Como observa Yussef Cahali, somente poderá haver derrota (causa de aplicação do princípio da sucumbência) quando houver uma declaração de direito, isto é, quando a lei atuar a favor de uma parte contra a outra. Por isso, o conceito de derrota relaciona-se estreitamente com a sentença. Uma decisão interlocutória não pode conter condenação na sucumbência.

Nesse passo, tendo em vista que tão-somente é possível falar-se em sucumbência quando houver o reconhecimento de uma situação jurídica e a respectiva atribuição de um bem jurídico ao impugnante, parece claro

que somente haverá honorários advocatícios na condenação do vencido na impugnação, arbitrados consoante apreciação equitativa, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, ocorrendo, conseqüentemente, a extinção da execução. Como dito, do pronunciamento desse teor caberá apelação (art. 475-M, § 3º, *in fine*, do CPC) (RIBEIRO, Flávia Pereira. *A sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença*. In. Execução civil e cumprimento da sentença, volume II. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura (Coord.). São Paulo: Método, p. 202).

5. Assim, as teses que encaminho para efeitos do art. 543-C do CPC são as seguintes:

a) **São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a oposição do “cumpra-se” (REsp n. 940.274/MS);**

b) **Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.**

c) **Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.**

4. No caso concreto, houve condenação à verba advocatícia em razão da rejeição da impugnação, o que testilha com o entendimento aqui firmado, razão pela qual devem ser decotados os honorários fixados no acórdão recorrido, sem prejuízo de arbitramento no âmbito do próprio cumprimento da sentença, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, particularmente do ponto em que se discute sobre a condenação em honorários de sucumbência na impugnação ao cumprimento da sentença.

A ementa sugerida pelo eminente Relator condensa, de forma apropriada, as diversas teses desenvolvidas em seu voto, estando assim redigida:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Para efeitos do art. 543-C:

1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para o pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia depois da intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do 'cumpra-se' (REsp. n. 940.274/MS).

1.2. Somente são cabíveis honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença em caso de acolhimento desta, com consequente extinção do procedimento executório.

1.3. Não se cogita, porém, de dupla condenação. Os honorários fixados no cumprimento da sentença, de início ou em momento posterior, em favor do exequente, deixam de existir em caso de acolhimento da impugnação com extinção do procedimento executório, ocasião em que serão arbitrados honorários únicos ao impugnante. Por outro lado, em caso de rejeição da impugnação, somente os honorários fixados no pedido de cumprimento de sentença subsistirão.

2. Recurso especial provido."

Após detida análise dos autos, percebo que todas as dúvidas que me assaltaram durante a sessão de julgamento foram bem esclarecidas no voto do Relator, razão pela qual acompanho suas conclusões, tanto aquelas extraídas para efeitos do art. 543-C do CPC quanto as aplicáveis ao caso concreto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial em que se discute, em síntese, (i) se são devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, inclusive na sua impugnação, e, (ii) caso devidos, como devem incidir, de acordo com a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil.

A reforma processual consubstanciada pela Lei n. 11.232/2005, ao abrigo do sincretismo processual e com o intuito de dar maior efetividade à prestação jurisdicional, tornou desnecessário novo processo para que o credor pudesse, desde logo, fazer cumprir o estabelecido no título executivo judicial.

Diante dessa nova sistemática do processo de conhecimento, a jurisprudência desta e. Corte Superior, inicialmente, oscilou a respeito do cabimento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, ora admitindo-os (v.g. *AgRg no Ag 1.080.092/RS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha* e *REsp 987.388/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros*),

ora os negando (v.g. *REsp 1.025.449/RS, 1ª Turma*, Rel. p/ Acórdão Min. *José Delgado*).

A c. *Corte Especial*, no julgamento do *REsp 1.028.855/SC* (Rel. Min. *Nancy Andrigbi*, DJe de 5/3/2009), solucionou o impasse, reconhecendo o *cabimento* de honorários advocatícios na nova fase executiva. Desse modo, em vista do referido julgado, entendo que são *devidos* honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Superada esta matéria, restou o questionamento a respeito do cabimento de honorários advocatícios na *impugnação* ao cumprimento de sentença. Entendo, acompanhando o Relator e parte da doutrina (v.g. *Alexandre Freitas Câmara e Ernane Fidélis dos Santos*), que a impugnação ao cumprimento de sentença é mero *incidente processual* e, diferentemente dos embargos à execução de título executivo extrajudicial, *não* possui natureza de ação, assemelhando-se à exceção de pré-executividade.

Como asseverado no voto do em. Min. Relator, a c. *Corte Especial* sedimentou sua jurisprudência no sentido de que somente são cabíveis honorários de advogado em sede de exceção de pré-executividade caso esta seja julgada *procedente*, pois, assim, põe-se fim à execução (*EREsp 1.048.043/SP*).

Portanto, entendo serem *devidos* honorários advocatícios na *impugnação* ao cumprimento de sentença, caso esta seja *acolhida*, porquanto extinguirá o procedimento executório, de modo que deixarão de existir os honorários fixados anteriormente nesta fase em favor do exequente. Por outro lado, caso a impugnação seja *rejeitada*, permanecerão os honorários advocatícios fixados no início da fase executiva.

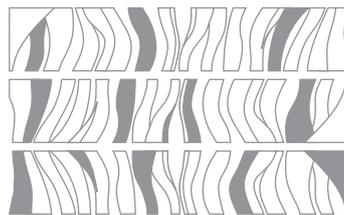
Ante o exposto, *acompanho* as conclusões do em. Min. Relator.

VOTO-VISTA

EMENTA: PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. CONDENAÇÃO INDEVIDA. RECURSO PROVIDO, ACOMPANHANDO O RELATOR.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Questiona-se aqui, unicamente, a respeito do cabimento ou não da condenação do executado em honorários advocatícios na hipótese de julgamento de improcedência de impugnação por

ele oferecida a execução de título judicial, como lhe faculta o CPC, no art. 475-J, § 1º, parte final. Tem razão o voto do relator ao afirmar que essa impugnação tem natureza jurídica de incidente, semelhante à denominada “exceção de pré-executividade”, merecendo, por isso, tratamento também semelhante no que se refere a sucumbência. Ora, a jurisprudência firmada nesta Corte Especial nega condenação em honorários em caso de improcedência da referida “exceção”. É de ser prestigiada, portanto, a conclusão do voto do relator. Com esse fundamento e considerados os limites da discussão aqui estabelecida, dou provimento ao recurso, acompanhando o relator. É o voto.



Súmula n. 518

SÚMULA N. 518

Para fins do art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula.

Referência:

CF/1988, art. 105, III, **a**.

Precedentes:

AgRg no REsp	1.323.709-SC	(1ª T, 10.12.2013 – DJe 17.12.2013)
REsp	1.347.557-DF	(2ª T, 18.10.2012 – DJe 05.11.2012) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no AREsp	360.121-RS	(2ª T, 05.09.2013 – DJe 18.09.2013)
AgRg no AREsp	319.577-PE	(2ª T, 19.09.2013 – DJe 27.09.2013)
AgRg no REsp	1.438.282-SC	(2ª T, 06.05.2014 – DJe 13.05.2014)
REsp	1.405.642-PE	(2ª T, 05.08.2014 – DJe 12.08.2014)
REsp	1.354.589-RS	(3ª T, 16.04.2013 – DJe 1º.08.2013)
AgRg no AREsp	152.585-ES	(3ª T, 10.09.2013 – DJe 16.09.2013)
AgRg nos EDcl no REsp	1.380.205-SC	(3ª T, 05.11.2013 – DJe 12.11.2013)
AgRg no REsp	1.298.071-AL	(3ª T, 20.03.2014 – DJe 27.03.2014)
AgRg no AREsp	455.347-SP	(3ª T, 27.03.2014 – DJe 29.04.2014)
AgRg no AREsp	509.286-SC	(3ª T, 21.08.2014 – DJe 28.08.2014)
AgRg no Ag	1.307.212-MS	(4ª T, 13.11.2012 – DJe 07.12.2012)
AgRg no AREsp	274.255-PA	(4ª T, 23.04.2013 – DJe 08.05.2013)
AgRg no AREsp	433.149-MG	(4ª T, 10.12.2013 – DJe 18.12.2013)
AgRg no AREsp	471.352-SP	(4ª T, 20.03.2014 – DJe 28.03.2014)
AgRg no AREsp	522.100-SP	(4ª T, 21.08.2014 – DJe 24.09.2014)
REsp	1.185.336-RS	(4ª T, 02.09.2014 – DJe 25.09.2014)
AgRg no AREsp	555.774-PR	(4ª T, 04.11.2014 – DJe 14.11.2014)

AgRg no AREsp 136.586-SE (5ª T, 06.11.2012 – DJe 16.11.2012)
AgRg no AREsp 241.389-SP (5ª T, 17.10.2013 – DJe 24.10.2013)
AgRg no REsp 1.231.026-RS (5ª T, 22.05.2014 – DJe 27.05.2014)
AgRg no REsp 803.555-BA (6ª T, 27.08.2013 – DJe 17.09.2013)

Corte Especial, em 26.2.2015

DJe 2.3.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.347.557-DF (2012/0209120-9)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Antônio Venâncio da Silva Empreendimentos Imobiliários Ltda

Advogado: Nilo Sulz Gonsalves e outro(s)

Recorrido: Distrito Federal

Procurador: Carlos Augusto Valenza Diniz e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 303/STJ. INVIABILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13/STJ. EMPRESA RESPONSÁVEL PELA INSTAURAÇÃO DA LIDE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. É vedado ao STJ analisar violação de súmula porque o termo não se enquadra no conceito de lei federal.

2. Não se conhece de divergência jurisprudencial que aponta dissidência com acórdão do mesmo Tribunal, conforme Súmula 13/STJ.

3. O Tribunal *a quo* entendeu que, por força do art. 6º, § 1º, inciso I, do Decreto n. 28.445/07, incumbia à empresa informar que não mais possuía o imóvel. Sendo assim, o não cumprimento da sua obrigação como contribuinte deu ensejo à propositura da ação.

4. Alterar o entendimento exarado pela Corte local, para afirmar que a empresa deu causa à lide, demanda reexame de matéria fática, o que, na via do Recurso Especial, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco.” Os Srs. Ministros

Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 5.11.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I. SEGUNDO O PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, AQUELE QUE DEU CAUSA À INSTAURAÇÃO DA DEMANDA OU À INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE PROCESSUAL DEVE ARCAR COM O PAGAMENTO DAS DESPESAS DECORRENTES.

II. AINDA QUE ACOLHIDA A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E JULGADO EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA, NÃO SÃO DEVIDOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELO DISTRITO FEDERAL SE FICAR COMPROVADO QUE A PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A EMPRESA EXECUTADA DEU-SE EM DECORRÊNCIA DESTA NÃO TER CUMPRIDO SUA OBRIGAÇÃO DE INFORMAR À SECRETARIA DA FAZENDA QUANTO À ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE DO IMÓVEL PARA FINS DE INCIDÊNCIA DE IPTU.

III. DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (fl. 85, e-STJ)

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 104, e-STJ).

A recorrente sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 20 do CPC e da Súmula 153 do STJ.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 4.10.2012.

Preliminarmente, no que diz respeito à violação da Súmula 153 do STJ, esclareço que o apelo nobre não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a enunciado sumular, por não estar este compreendido na expressão “lei federal”, constante da alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. (...) ANÁLISE DE VIOLAÇÃO À SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF.

(...)

1. A via do especial não é adequada para análise de eventual violação de enunciado sumular, por não se enquadrar no conceito de lei federal, previsto no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CF/88.

(...)

4. Recurso especial não conhecido (REsp 1.230.738/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 28/04/2011, grifei).

O tribunal *a quo* consignou:

Segundo o princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração da demanda ou à instauração de incidente processual deve arcar com o pagamento das despesas decorrentes.

No caso em exame, a executada, em exceção de pré-executividade, arguiu sua ilegitimidade passiva para o pagamento de IPTU, sob o argumento de que haveria sido cindida parcialmente, com a transferência, em 22/10/2008, do domínio do imóvel que deu origem aos débitos tributários executados à empresa AR Participações Empreendimentos e Serviços Ltda.

A magistrada, reconhecendo a ilegitimidade passiva da executada, extinguiu o processo com base no art. 267, VI do CPC e condenou o Distrito Federal ao pagamento de honorários advocatícios no montante de R\$500,00.

Ocorre que, nos termos do art. 6º, § 1º, inciso I do Decreto n 28.445/07, que trata do IPTU, incumbe ao proprietário, promitente comprador ou seus representantes legais, nessa ordem, fornecer os dados que constarão no Cadastro Imobiliário Fiscal, o que inclui as informações referentes a alterações de titularidade do imóvel.

Assim, tendo em vista que a empresa executada constava nos Sistemas da Secretaria da Fazenda como responsável pelo pagamento do tributo em comento, incumbia-lhe informar a alteração referente à propriedade do imóvel. Considerando que o não cumprimento da obrigação pela contribuinte deu

ensejo à propositura da ação, em atenção ao princípio da causalidade, não são devidos honorários advocatícios pelo Distrito Federal.

(...)

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para, reformando em parte a respeitável sentença, excluir a condenação do Distrito Federal em honorários advocatícios. (fls. 87-89, e-STJ)

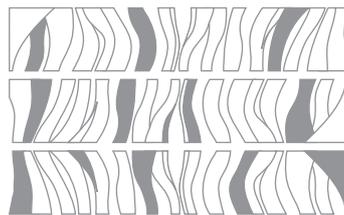
Conforme se depreende do trecho acima transcrito, o voto condutor do aresto hostilizado entendeu que, por força do art. 6º, § 1º, inciso I, do Decreto n. 28.445/07, incumbia à empresa informar que não mais possuía o imóvel. Sendo assim, o não cumprimento da sua obrigação como contribuinte deu ensejo à propositura da ação.

Alterar o entendimento exarado pela Corte local, para afirmar que a empresa deu causa à lide, demanda reexame de matéria fática, o que, na via do Recurso Especial, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Por fim, o recorrente invoca dissídio jurisprudencial e traz a confronto julgado do mesmo Tribunal que emitiu o acórdão recorrido, o que não configura a divergência exigida no permissivo constitucional, nos termos da Súmula 13/STJ: “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”.

Ante o exposto, *nego provimento ao Recurso Especial.*

É como *voto.*



Súmula n. 519

SÚMULA N. 519

Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios.

Referências:

CPC, arts. 20, § 4º; 475-I; 475-J; 475-L; 475-M e 543-C.

Lei n. 11.232/2005.

Precedentes:

(*)REsp 1.134.186-RS (CE, 1º.08.2011 – DJe 21.10.2011) –
acórdão publicado na íntegra na
Súmula 517

(*)REsp 1.361.191-RS (CE, 19.03.2014 – DJe 27.06.2014) –
acórdão publicado na íntegra

REsp 1.269.351-RS (2ª T, 08.05.2012 – DJe 21.05.2012)

EDcl no AREsp 170.707-RJ (2ª T, 11.09.2012 – DJe 18.09.2012)

AgRg no REsp 1.479.303-SP (3ª T, 02.10.2014 – DJe 20.10.2014)

EDcl nos EDcl no
AgRg no AREsp 191.859-RS (4ª T, 19.03.2013 – DJe 22.03.2013)

(*) Recursos repetitivos.

Corte Especial, em 26.2.2015

DJe 2.3.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.361.191-RS (2013/0001139-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogados: João Paulo Ibanez Leal

Angela Ibanez Leal

Martha Ibanez Leal

Lauro Saraiva Teixeira Junior e outro(s)

Recorrido: Nelson Ramm

Advogado: Rodrigo Bordin e outro(s)

Interes.: Conselho Federal de Economia - "Amicus Curiae"

Advogado: Marcus Wilmon Teixeira dos Santos e outro(s)

Interes.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - "Amicus Curiae"

Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coelho

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior

Bruno Matias Lopes

Interes.: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Estado do Rio Grande do Sul - "Amicus Curiae"

Procurador: Nei Fernando M Brum e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA. RESTITUIÇÃO DO VALOR INVESTIDO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DE ÍNDICES NEGATIVOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Aplicam-se os índices de deflação na correção monetária de crédito oriundo de título executivo judicial, preservado o seu valor nominal.

2. Caso concreto:

2.1 - *Aplicação da tese à espécie.*

2.2 - *“Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença” (REsp 1.134.186/RS, rito do art. 543-C do CPC).*

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Sidnei Beneti, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin.

Brasília (DF), 19 de março de 2014 (data de julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 27.6.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil para a consolidação do entendimento desta Corte sobre a seguinte questão jurídica: *aplicação de índices de deflação na correção monetária de crédito oriundo de título executivo judicial.*

No caso dos autos, BRASIL TELECOM S/A insurge-se contra contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

AGRAVO INTERNO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. BRASIL TELECOM S.A.

1. Correção monetária: a correção monetária, nos períodos de deflação, não faz incidir índices negativos e sim índice igual a zero. Aliás, a aplicação dos índices de deflação sobre o débito afronta a própria função da correção monetária, que é manter o poder aquisitivo da moeda.

2. Honorários fixados na incidente de impugnação ao cumprimento de sentença.

Incidem honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, tendo havido insurgência do devedor, mediante impugnação. Agravo interno desprovido. (fl. 310)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões, alegou a recorrente violação aos arts. 20, § 4º, 467, 468, 471 do Código de Processo Civil, sob os argumentos de ofensa à coisa julgada e descabimento de honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

Aduziu, também, dissídio pretoriano.

O prazo para contrarrazões transcorreu *in albis* (fl. 354).

O Ministério Público Federal opinou, quanto à tese afetada, pela incidência dos índices de deflação, preservado-se o valor nominal. Quanto ao caso concreto, opinou pelo provimento do recurso especial.

Por iniciativa deste relator (fl. 369), facultou-se a intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Federal de Economia e da Defensoria Pública da União.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil opinou pelo cabimento de honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença (fl. 479).

O Conselho Federal de Economia opinou pela incidência dos índices negativos de correção monetária (fl. 385).

A Defensoria Pública da União manifestou-se não incidência dos índices negativos de correção monetária (fl. 525).

Por meio da decisão de fl. 550, deferiu-se o pedido de intervenção do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL na qualidade de *amicus curiae*, não tendo havido, entretanto, apresentação de manifestação escrita pelo referido entre federado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, a questão jurídica sujeita à presente afetação, *aplicação de índices de deflação na correção monetária de crédito oriundo de título executivo judicial*, foi exaustivamente debatida nesta Corte, tendo-se uniformizado entendimento no sentido da aplicabilidade dos índices de deflação, ressalvado o valor nominal, nos termos do seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ECONÔMICO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA QUE DETERMINOU CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGP-M. ÍNDICES DE DEFLAÇÃO. APLICABILIDADE, PRESERVANDO-SE O VALOR NOMINAL DA OBRIGAÇÃO.

1. *A correção monetária nada mais é do que um mecanismo de manutenção do poder aquisitivo da moeda, não devendo representar, conseqüentemente, por si só, nem um plus nem um minus em sua substância. Corrigir o valor nominal da obrigação representa, portanto, manter, no tempo, o seu poder de compra original, alterado pelas oscilações inflacionárias positivas e negativas ocorridas no período. Atualizar a obrigação levando em conta apenas oscilações positivas importaria distorcer a realidade econômica produzindo um resultado que não representa a simples manutenção do primitivo poder aquisitivo, mas um indevido acréscimo no valor real. Nessa linha, estabelece o Manual de Orientação de Procedimento de Cálculos aprovado pelo Conselho da Justiça Federal que, não havendo decisão judicial em contrário, "os índices negativos de correção monetária (deflação) serão considerados no cálculo de atualização", com a ressalva de que, se, no cálculo final, "a atualização implicar redução do principal, deve prevalecer o valor nominal".*

2. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.265.580/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/2012, DJe 18/04/2012)

Não obstante a uniformização da jurisprudência desta Corte Superior, identificou-se no Núcleo de Recursos Repetitivos - NURER/STJ a subida de uma multiplicidade de recursos especiais referentes essa mesma controvérsia, principalmente nas demandas por complementação de ações de empresas de telefonia, uma das maiores demandas de massa do STJ, em número de recursos.

Tornou-se necessário, portanto, afetar a matéria ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, para impedir a subida em massa de recursos.

A tese que se pretende consolidar segue a linha do entendimento já firmado por esta Corte, sugerindo-se a redação nos seguintes termos: *Aplicam-se os índices de deflação na correção monetária de crédito oriundo de título executivo judicial, preservado o seu valor nominal.*

Na proposta inicial deste relator, não se fez referência à preservação do valor nominal da obrigação, pois essa questão extrapolaria a hipótese dos autos.

Efetivamente, o caso concreto diz respeito à atualização de uma obrigação no valor de R\$ 1.007,00 de 12/12/1995 até os dias atuais, atualização que indubitavelmente resultará um valor superior ao nominal.

Ademais, seria necessário distinguir obrigações com garantia da preservação do valor nominal e obrigações desprovidas dessa garantia.

No caso do REsp 1.265.580/RS, supracitado, discutiu-se a atualização monetária de quantia referente a vencimentos de servidores públicos, uma obrigação dotada da garantia constitucional da irredutibilidade (art. 37, inciso XV, da Constituição Federal).

No caso dos autos, entretanto, a controvérsia tem origem em uma obrigação de direito privado, não dotada da garantia de preservação do valor nominal.

Quanto a esse aspecto, as obrigações são distintas, o que impede a simples transposição do entendimento firmado no REsp 1.265.580/RS para a hipótese presente.

Além disso, merece destaque a Nota Técnica do Conselho Federal de Economia (fls. 377/393), na qual aquela entidade, depois de uma percuciente análise do fenômeno inflacionário, conclui pela necessidade de aplicação dos índices positivos e negativos de correção monetária (sem ressalva do valor nominal).

Por essas razões, optou-se, inicialmente, por não incluir na tese a ser consolidada qualquer referência à preservação do valor nominal, permitindo-se que esta Corte analisasse a questão em uma outra oportunidade, no julgamento de recurso específico sobre o tema.

Essa limitação da tese não causaria risco de multiplicidade de recursos, pois a controvérsia acerca da preservação valor nominal somente surge na hipótese em que a inflação acumulada ao longo de todo o período apurado resulta negativa, hipótese de rara ocorrência, eis que o histórico dos principais índices de inflação da economia brasileira revela a predominância de índices positivos.

Apesar de tudo isso, alterei o voto para inserir a ressalva do valor nominal, acompanhando o entendimento da maioria.

Firmada a tese a ser consolidada pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, nos termos propostos no início desse voto, passa-se ao exame do caso concreto.

No que tange à questão dos índices negativos de correção monetária, dá-se provimento ao recurso especial para aplicar a tese ora firmada.

Relativamente aos honorários advocatícios, também merece provimento o recurso, pois o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento desta Corte, firmado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do “cumpra-se” (REsp n. 940.274/MS).

1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.134.186/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe 21/10/2011, rito do art. 543-C do CPC)

Conforme se verifica no item 1.2 supra, não é cabível o arbitramento de honorários advocatícios na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

Ante o exposto, voto pelos seguintes provimentos:

(i) para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: Aplicam-se os índices de deflação na correção monetária de crédito oriundo de título executivo judicial, preservado o seu valor nominal;

(ii) caso concreto: dou provimento ao recurso especial para determinar a aplicação de índices de deflação nos cálculos exequendos, bem como para excluir os honorários advocatícios arbitrados na impugnação ao cumprimento de sentença.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, peço permissão a V. Exa. e à douta Corte para fazer a seguinte ponderação: a

preocupação do eminente Relator parece ter sido a de preservar o valor original da dívida. O valor original não é o valor histórico. O valor histórico é, como o próprio nome diz, histórico. Então, ele é uma expressão em determinado tempo. No tempo 1, ele é o valor original; no tempo 2, ele é $1 + y$, em que esse “+ y” é correção. Então, o valor original no tempo 2 passa a ser o valor do tempo 1 mais a correção, e no tempo 3, no tempo 4, no tempo delta, em um tempo infinito qualquer, o valor será sempre o anterior mais a sua correção.

2. Pois bem, a preocupação com a preservação do valor original não é a do valor histórico e nem do valor nominal, porque a correção só atualiza nominalmente a moeda. Se nós compramos com cem reais, hoje, um bem qualquer, daqui a seis meses compramos o mesmo bem por cento e dez reais. Então, não houve preservação de valor algum, houve só uma atualização. Daí por que, Senhor Presidente, concordo inteiramente com a eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA de que o índice deflacionário não pode incidir sobre as correções de um valor original, de um tempo recuado, porque, ainda que não encoste no zero ou que não vá abaixo de zero, pelo menos corrói a atualização. Daí, não se preserva o valor histórico, Ministra NANCY ANDRIGHI, o valor histórico só é histórico no tempo em que é visto, no tempo seguinte já é outra história. Não podemos excluir da história o tempo, aliás a história é feita de tempo.

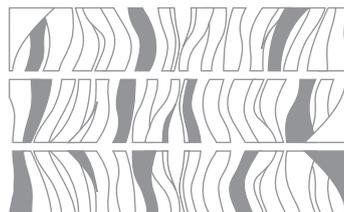
3. Então, só no tempo 1, ou no tempo considerado, é que o valor histórico é aquele; no tempo 2, o valor histórico passa a ser aquele anterior + x; no tempo 3, o do tempo 2 + y, e assim por diante. O valor histórico é isso, mas não se confunde com o valor original.

4. O que o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO está fazendo é preservar o valor original, no caso, o valor de mil e sete reais. Quer dizer, a obrigação nunca poderia ficar abaixo de mil e sete, não poderia, pela proposta dele. Mas se essa correção chegasse, por exemplo, a mil e quinhentos, tal correção poderia, com a deflação, chegar em mil e quatrocentos, mil e trezentos, mil e duzentos, mil e cem e tal e tal, ir baixando, até chegar no valor de mil e sete. Essa não é absolutamente a orientação para se preservar o valor histórico. O valor histórico é aquele valor da última atualização. É esse que não pode ser mexido pela deflação. Se for, poderá ir se recuando até encostar no valor original, que não é o valor histórico.

5. Daí, Senhor Presidente, peço vênua à douta maioria que já se formou, ilustre maioria, esclarecida, mas me acompanho da Ministra MARIA

THEREZA DE ASSIS MOURA para entender que não se deve aplicar o índice de deflação nesse tipo de atualização monetária, porque pode destruir completamente toda a defesa que o credor tem contra a corrosão da moeda.

6. Por isso, peço vênia ao eminente Relator.



Súmula n. 520

SÚMULA N. 520

O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 7.210/1984, arts. 66, IV, 123 e 124.

Precedentes:

(*)REsp	1.176.264-RJ	(3ª S, 14.03.2012 – DJe 03.09.2012)
(*)REsp	1.166.251-RJ	(3ª S, 14.03.2012 – DJe 04.09.2012) – acórdão publicado na íntegra
REsp	492.840-RS	(5ª T, 27.05.2003 – DJ 30.06.2003)
REsp	1.099.230-RJ	(5ª T, 29.09.2009 – DJe 09.11.2009)
REsp	1.031.430-RS	(5ª T, 09.03.2010 – DJe 26.04.2010)
REsp	1.154.379-RJ	(5ª T, 15.04.2010 – DJe 10.05.2010)
REsp	1.159.552-RJ	(5ª T, 02.09.2010 – DJe 04.10.2010)
HC	159.346-RJ	(5ª T, 16.09.2010 – DJe 11.10.2010)
AgRg no REsp	1.424.870-RJ	(5ª T, 1º.04.2014 – DJe 10.04.2014)
HC	94.187-RJ	(6ª T, 27.03.2008 – DJe 04.08.2008)
REsp	762.453-RS	(6ª T, 1º.12.2009 – DJe 18.12.2009)
AgRg no REsp	1.050.279-RS	(6ª T, 1º.09.2011 – DJe 14.09.2011)

(*) Recursos repetitivos.

Terceira Seção, em 25.3.2015

DJe 6.4.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.166.251-RJ (2009/0216512-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Marinaldo Rosemiro Ferreira

Advogados: Defensoria Pública da União

Iracema Vaz Ramos Leal - Defensora Pública e outros

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO. LIMITE ESTABELECIDO EM 35 (TRINTA E CINCO) DIAS POR ANO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 124 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS EM CONSONÂNCIA COM O OBJETIVO DE REINTEGRAR GRADUALMENTE O CONDENADO À SOCIEDADE. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO ART. 543-C, § 7º, INCISOS I E II, DO CPC.

1. A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivada com a demonstração da conveniência de cada medida.

2. Não é possível delegar ao administrador do presídio a fiscalização sobre diversas saídas temporárias, autorizadas em única decisão, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado das execuções penais, sujeita à ação fiscalizadora do *Parquet*.

3. Respeita o limite imposto na legislação federal a conjugação dos critérios preconizados no art. 124 da Lei de Execução Penal, para estabelecer limite máximo de saídas temporárias em 35 (trinta e cinco) dias anuais.

4. Em atenção ao princípio da ressocialização, a concessão de um maior número de saídas temporárias de menor duração, uma vez respeitado o limite de dias imposto na Lei de Execuções, alcança o objetivo de reintegrar gradualmente o condenado à sociedade.

5. Assim, deve ser afastada a concessão de saídas automatizadas, para que haja manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária, ressalvando, nos termos do art. 124 da Lei de Execuções Penais, a legalidade da fixação do limite máximo de 35 (trinta e cinco) dias por ano. Jurisprudência do STJ reafirmada.

6. Recurso especial conhecido e provido, com determinação de expedição de ofício, com cópia do acórdão devidamente publicado, aos tribunais de segunda instância (art. 6º da Resolução STJ n. 08, de 07/08/2008), com vistas ao cumprimento do disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC, bem como à Presidência desta Corte Superior, para os fins previstos no art. 5º, inciso II, da aludida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), que negaram provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 14 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 4.9.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na alínea *a*

do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa.

O Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro deferiu pedido de saídas temporárias formulado pelo Recorrido Marinaldo Rosemiro Ferreira, estabelecendo-as em duas vezes por mês, e por ocasião do seu aniversário, do dia das mães e dos pais, da Páscoa e das festas do final do ano (Natal e Ano Novo), até o limite de 35 (trinta e cinco) saídas anuais, de modo a não impedir eventual atividade laborativa e a serem implementadas à critério do Diretor do estabelecimento prisional.

Irresignado, o *Parquet* interpôs agravo em execução, para que fosse deferida apenas uma saída, com duração de até sete dias, com renovação do pedido por mais quatro vezes no decorrer do ano, nos termos dos arts. 122 e 124 da Lei n. 7.210/84.

O Tribunal de origem, por maioria de votos, deu provimento ao recurso ministerial nos seguintes termos:

"AGRAVO - EXECUÇÃO PENAL – INCONFORMISMO MINISTERIAL COM A DECISÃO DO JUÍZO DA VEP QUE CONCEDEU, PREVIAMENTE E POR TRINTA E CINCO VEZES, CADA UMA DELAS COM DURAÇÃO POR UM DIA, BENEFÍCIO DE SAÍDA EXTRAMUROS – ATO DE PROVIMENTO JUDICIAL VINCULADO À NORMATIVIDADE LEGAL EXPRESSA, QUE NÃO PODE SER DELEGADO, EM RAZÃO DE PRÉVIA, AUTOMÁTICA E DESFUNDAMENTADA AUTORIZAÇÃO COLETIVA, À DIRETORIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL, NEM PODE SER SUBTRAÍDO DA FISCALIZAÇÃO DO PARQUET, OU AINDA, RETIRADO DO EXAME DIRETO DO JUÍZO DA VEP, NA VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS DATAS E HORÁRIOS FIXADOS PARA RETORNO DO APENADO À UNIDADE PENITENCIÁRIA, ATIVIDADE ESSENCIAL À CONSTATAÇÃO DA PRETENDIDA RESSOCIALIZAÇÃO E A SE CONSIDERAR AQUELE COMO APTO À OBTENÇÃO DE OUTROS E MAIS ABRANGENTES BENEFÍCIOS – INADEQUAÇÃO DE CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUE CRIA NORMATIVIDADE INEXISTENTE, NUMA ESPAÇOSA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA, EM FRONTAL VIOLAÇÃO À DISPOSITIVO LEGAL EXPRESSO E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - REFORMA DA DECISÃO DE AUTOMATIZAÇÃO COLETIVA NA PRÉVIA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, EM NÚMERO E POR EXTENSÃO DIVERSOS DOS PREVISTOS EM LEI – PROVIMENTO DO AGRAVO." (fls. 35/36)

Interpostos embargos infringentes com o fito de anular o referido acórdão, a Corte *a quo* deu-lhes provimento, a teor da seguinte ementa, *in verbis*:

"Embargos infringentes de nulidade. Execução Penal. Visitação periódica ao lar. Pretende o embargante, lastreado no voto vencido, que sejam mantidas as

saídas automatizadas deferidas na VEP. A douta maioria, nos exatos termos do voto condutor, reformou a decisão que as concedeu de forma automática, para ater-se aos exatos termos da legislação de execução. Dispõe a norma do artigo 124 da LEP, que a autorização será concedida pelo prazo não superior a 07 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano, perfazendo os 35 dias contidos na decisão atacada. O entendimento esposado pelo douto desembargador, no voto vencido, se mostra mais condizente com a 'mens legislatori', exarada pela norma do artigo 124 da LEP, e com o fim último da pena, que se revela na ressocialização do apenado. Interpretação razoável e lógica ao referido artigo da LEP, que torna mais efetivo o fim colimado da pena, afastando desnecessários entraves burocráticos. Reiterados precedentes desta Corte. Embargos providos." (fl. 82)

Irresignado, o Ministério Público local interpôs o presente recurso especial, alegando violação ao art. 124, *caput*, da Lei de Execuções Penais, porquanto a norma executiva possibilita apenas a concessão de saída temporária 05 vezes ao ano, sendo cada uma delas com 07 dias, no máximo, bem como a benesse não poderia ser conferida ao reeducando a partir de um só ato, pois “[...] não se fiscaliza a execução da pena uma vez por ano.” (fl. 100).

Aduz ainda que a responsabilidade da execução não poderia ser delegada a outra autoridade, muito menos a administrativa.

Por fim, requer a cassação do acórdão dos embargos infringentes e a manutenção do acórdão prolatado por maioria de votos na Corte *a quo*.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 106/121).

Diante da multiplicidade de recursos especiais que veiculam a matéria, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro na Resolução n. 08/STJ, de 07/08/2008, admitiu o presente recurso especial como representativo da controvérsia e o encaminhou a esta Corte, tendo sido distribuído à minha relatoria, por prevenção ao REsp n. 1.099.230/RJ, que trata do mesmo tema.

Em decisão de minha lavra exarada às fls. 155-157, foi determinado o regular processamento do recurso nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 08/STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso merece ser conhecido, tendo em vista o prequestionamento dos dispositivos legais considerados

violados e a presença dos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo ao exame do mérito do recurso especial.

O cerne da controvérsia está em definir se, no curso da execução penal, todas as saídas temporárias anuais podem ser autorizadas de maneira automática a partir de uma só decisão do Juízo da Execução.

Para isso, necessário fazer os seguintes apontamentos.

A Lei de Execução Penal é bastante clara ao delimitar a competência dos vários órgãos responsáveis pela execução da pena, preocupação essa manifestada previamente na exposição de motivos da referida lei.

Confira-se:

“87. O Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade (art. 64 e seguintes) são os demais órgãos da execução, segundo a distribuição feita no projeto.

88. As atribuições pertinentes a cada um de tais órgãos foram estabelecidas de forma a evitar conflitos, realçando-se, ao contrário, a possibilidade da atuação conjunta, destinada a superar os inconvenientes graves, resultantes do antigo e generalizado conceito de que a execução das penas e medidas de segurança é assunto de natureza eminentemente administrativa.

[...]

92. A orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal...” (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal)

Dispõem, a propósito, os aludidos dispositivos legais:

“Art. 66. Compete ao juiz da execução:

[...]

IV - autorizar saídas temporárias;

[...]

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter a autorização para a saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

[...]

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

[...]

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano."

Nesse contexto, a toda evidência, percebe-se que a autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivado com a demonstração da conveniência da medida.

É o que preceitua o art. 124 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), que expressa a necessidade de autorização do Magistrado, após manifestação do Ministério Público e da Autoridade Penitenciária.

Desse modo, é indevida a delegação do exame do pleito à Autoridade Penitenciária, impedindo o *Parquet* de se manifestar na concessão do benefício e, ainda, de exercer a sua função fiscalizadora no tocante à ocorrência de excesso, abuso ou mesmo de irregularidade na execução da medida.

A renovação automática das saídas temporárias, deixando a sua fiscalização a cargo do administrador do presídio, contraria, de forma flagrante, a vontade da lei, não bastando o argumento de desburocratização e racionalização do Juízo da Vara de Execuções Criminais justificativa plausível para a não observação da Lei de Execução Penal.

No caso dos autos, vê-se que a decisão do Juízo das Execuções contrariou a legislação ordinária de regência, na medida em que dispensou o exame do preenchimento dos requisitos necessários para as saídas temporárias subsequentes à primeira.

Em idêntico sentido, é a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de Justiça:

Confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 66, IV, 67, 122 E 123, TODOS DA LEP. SAÍDAS

TEMPORÁRIAS AUTOMATIZADAS. DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento no sentido de que não é possível a delegação, ao administrador do presídio, da fiscalização das saídas temporárias, autorizadas em única decisão, por se entender que estaria configurada a delegação de competência jurisdicional.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1.050.279/RS, 6ª Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 14/09/2011.)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO À PENA TOTAL DE 45 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS PARA VISITA À FAMÍLIA DE FORMA AUTOMATIZADA. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. *É pacífico nesta Corte o entendimento de que a concessão de saídas periódicas automatizadas constitui verdadeira delegação de função jurisdicional ao administrador do presídio, situação essa que contraria o disposto na Lei 7.210/84, que impõe a prévia avaliação pelo juízo da execução a respeito da conveniência da medida, além de limitar a atuação fiscalizadora do Ministério Público. Precedentes.*

2. *Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.* (HC 159.346/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 11/10/2010.)

"EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. SAÍDA TEMPORÁRIA AUTOMATIZADA. DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. PRÉVIA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI N. 7.210/84.

Não se admite a concessão automática de saídas temporárias ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto, sem a avaliação pelo Juízo da Execução e a manifestação do Ministério Público a respeito da conveniência da medida, sob pena de indevida delegação do exame do pleito à autoridade penitenciária (Precedentes).

Recurso especial provido. (REsp 1.159.552/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010.)

"EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. SAÍDAS TEMPORÁRIAS AUTOMÁTICAS. DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. *'A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivado com a demonstração da conveniência da medida'* (REsp 1.099.230/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 13/10/09).

2. *Indevida a delegação da competência ao administrador do estabelecimento prisional para autorizar as saídas temporárias e sua renovação automática, sendo*

o argumento da desburocratização insuficiente para autorizar a modificação da competência.

3. Recurso especial conhecido e provido para afastar a concessão de saídas automatizadas ao recorrido e determinar a manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária.” (REsp 1.170.441/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/05/2010.)

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ART. 112 DA LEP. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

CONCESSÃO DE SAÍDA TEMPORÁRIA AUTOMATIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO.

1. A concessão automática de saídas temporárias ao apenado, sem a avaliação pelo Juízo da Execução e a manifestação do Ministério Público a respeito da conveniência da medida, configura verdadeira delegação indevida da função jurisdicional ao administrador do presídio. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido para afastar a concessão de saídas automatizadas ao recorrido e determinar a manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária, nos termos dos artigos 122 a 124 da Lei de Execuções Penais.” (REsp 1.031.430/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 26/04/2010.)

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO. LIMITE ESTABELECIDO EM 35 (TRINTA E CINCO) DIAS POR ANO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 124 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS EM CONSONÂNCIA COM O OBJETIVO DE REINTEGRAR GRADUALMENTE O CONDENADO À SOCIEDADE. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO ART. 543-C, § 7º, INCISOS I E II, DO CPC.

1. A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivada com a demonstração da conveniência de cada medida.

2. Não é possível delegar ao administrador do presídio a fiscalização sobre diversas saídas temporárias, autorizadas em única decisão, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado das execuções penais, sujeita à ação fiscalizadora do Parquet.

3. Respeita o limite imposto na legislação federal a conjugação dos critérios preconizados no art. 124 da Lei de Execução Penal para estabelecer limite máximo de saídas temporárias em 35 (trinta e cinco) dias anuais.

4. Atende ao caráter ressocializador da pena a concessão de um maior número de saídas temporárias de menor duração, como forma de permitir ao Juiz da execução

a análise da adaptação do condenado ao meio aberto, antes de conceder outros benefícios.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a concessão de saídas automatizadas e determinar a manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária, ressaltando, nos termos do art. 124 da Lei de Execuções Penais, a legalidade da fixação do limite máximo de 35 (trinta e cinco) dias por ano." (REsp 1.099.230/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 09/11/2009.)

Por outro lado, como bem ressaltou o parecer ministerial, entendo que o limite preconizado no art. 124 da Lei de Execução Penal não foi extrapolado, tendo em vista que a conjugação dos critérios de 7 dias por saída, no máximo, com o limite de 5 saídas por ano perfaz o total máximo anual de 35 dias.

Embora a redação do texto legal dê margem à interpretação de que seriam permitidas apenas cinco saídas temporárias anuais, independentemente de sua duração, dentro do limite de sete dias, tenho que a melhor leitura é no sentido de que não existe nenhum óbice ao uso do saldo de dias remanescentes para a concessão de novos benefícios.

Afinal, as saídas temporárias, mais do que benesses concedidas ao condenado, consubstanciam-se em direito quando cumpridos os requisitos, e visam à sua reinserção gradual na sociedade, sendo uma forma de permitir ao Juiz da execução a análise de sua adaptação ao meio aberto, para concessão de futuros benefícios, como a progressão para o regime aberto ou o livramento condicional.

Assim, em atenção ao princípio da ressocialização, a concessão de um maior número de saídas temporárias de menor duração, uma vez respeitado o limite de dias imposto na Lei de Execuções, alcança o objetivo de reintegrar gradualmente o condenado à sociedade.

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para, cassando o acórdão recorrido, afastar a concessão de saídas automáticas ao Recorrido e determinar a manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária, ressaltando, nos termos do art. 124 da Lei de Execuções Penais, a legalidade da fixação do limite máximo de 35 (trinta e cinco) dias por ano.

Em se tratando de recurso especial submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão devidamente publicado, aos tribunais de segunda instância (art. 6º da

Resolução STJ n. 08, de 07/08/2008), com vistas ao cumprimento do disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC, bem como à Presidência desta Corte Superior, para os fins previstos no art. 5º, inciso II, da aludida Resolução.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: A controvérsia gira em torno da interpretação do art. 124 da Lei n. 7.210/1984.

Da simples leitura do referido dispositivo legal objeto da celeuma, três observações podem ser extraídas: a) que nenhuma saída pode ser superior a 7 (sete) dias; b) que as saídas não podem exceder a 35 (trinta e cinco) dias por ano; e, c) que o número de saídas não pode ser superior a 5 (cinco).

A decisão recorrida preserva as duas primeiras conclusões, restando examinar se contempla ilegalidade por autorizar mais de cinco saídas da unidade por ano.

Nesse contexto, não se pode ignorar que a interpretação literal do referido dispositivo legal, defendida pelo recorrente, agride frontalmente os próprios objetivos da execução penal, expressos no art. 1º da Lei de Execução Penal, no sentido de proporcionar-se ao apenado a gradativa reinserção no meio social, a partir do estímulo ao senso de responsabilidade e disciplina.

E isso porque, é evidente que o maior número de saídas da unidade, de curta duração, permite melhor fiscalização do senso de responsabilidade e da disciplina dos apenados, que em cada retorno no tempo e hora estabelecidos demonstrarão a eficácia do tratamento penal guiado pela progressividade.

Parece lógico concluir, portanto, que a interpretação literal da norma examinada ensejará situação desfavorável ao pleno exercício da atividade de fiscalização da terapêutica penal aplicada, na medida em que o Poder Público não teria condições de exercer o mínimo controle das atividades desenvolvidas pelo apenado, fora do cárcere, nos períodos prolongados, de até sete dias, de cada saída do apenado.

É intuitivo reconhecer, também, que o menor número de saídas, como pretende o recorrente, diminuiria sensivelmente a quantidade de oportunidades de verificação do senso de disciplina e responsabilidade, além, é óbvio, de causar outros inconvenientes, como o aumento da tensão e ansiedade dos apenados em

razão do longo espaço temporal entre uma saída e outra, sem falar na falta de estrutura das Varas de Execuções Penais para apreciar em tempo razoável cada pedido de saída.

Nessa linha de raciocínio, não é factível a pretensão de que cada saída seja objeto de decisão específica, medida que somente traria nefasta conseqüência, a total impossibilidade de decisão de dezena de milhares pedidos de saída em tempo razoável, exigência hoje alçada a nível constitucional (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVIII), com a própria negação da progressividade da execução penal.

Nesse sentido, importante frisar que a realidade de nosso sistema penitenciário, em razão da inadequação das unidades penitenciárias aos modelos físicos e funcionais previstos na lei para cada regime prisional, o regime semiaberto, sem as saídas para trabalho e visitação à família, em nada difere de verdadeiro regime fechado.

Assim, a interpretação prestigiada pelos magistrados do Juízo da Execução, compatibilizando os objetivos da execução penal com os interesses legítimos dos apenados, sem desguarnecer o inafastável poder fiscalizatório da Administração Penitenciária, é razoável, inteligente e adequada.

Se a interpretação adotada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais preserva o interesse primordial da ressocialização dos apenados, e as saídas não excedem o número de 35 (trinta e cinco) dias por ano, outra não pode ser a conclusão senão reconhecer o acerto da decisão que prestigiou o critério lógico-sistemático de interpretação da norma penal sobre o critério literal.

Destaque-se, ainda, que não é razoável emprestar ao termo saída, previsto no art. 124 da LEP, a acepção meramente gramatical, entendendo-se a saída como o ato físico de deixar a unidade prisional, de transpor sua porta de saída, o que poderia conduzir ao raciocínio absurdo de que o apenado sequer poderia retornar à unidade para buscar documento esquecido em seu interior, sob pena de perder toda a saída (trocar alguns segundos pelo período de máximo de saída, sete dias).

O termo “saída” deve ser tomado no sentido mais amplo, de um benefício específico e inerente ao regime semi-aberto, compreendido como instrumento terapêutico ministrado para a verificação do senso de disciplina e responsabilidade do apenado, como fator de reinserção gradual na vida social.

Assim, em linha convergente ao princípio da individualização da pena, que se projeta na execução penal, e considerando que cada apenado tem suas

necessidades pessoais de tratamento, necessária e útil a concessão ao aplicador desse tratamento de algum espaço de liberdade, ainda que controlado, como ocorre na hipótese das saídas temporárias, para bem exercer o seu papel e alcançar os objetivos da execução penal.

Importa considerar, ainda, a distinção entre aquisição e gozo do benefício da visitação periódica à família.

O benefício previsto no art. 124 da LEP, inerente ao próprio regime semi-aberto, é adquirido através de decisão privativa e exclusiva do Juízo da Execução, de cunho jurisdicional – competência de natureza indelegável –, após o exame dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei.

Diferentemente do alegado pelo Ministério Público, a referida decisão, que versa sobre a aquisição do benefício, não se confunde com a atividade meramente administrativa de controle e fiscalização afetada à Direção da unidade penitenciária, que, é óbvio, não ostenta qualquer carga decisória de natureza jurisdicional.

Assim, não revela qualquer ilegalidade a decisão que deixa ao crivo da Administração Penitenciária a mera atividade administrativa de apontar as datas restantes de saída dos apenados, não referidas na decisão judicial. Tal possibilidade, ao contrário, fornece aos Administradores, que exercem a fiscalização dos apenados e são os responsáveis diretos pela aplicação e acompanhamento da terapêutica penal, maior possibilidade de conciliar as saídas de acordo com os interesses da execução penal e as necessidades dos apenados, o que não seria possível ao Juízo da Execução, distante da realidade carcerária, sem mecanismos velozes de acompanhar a rotina carcerária.

Dispondo o artigo 124 da LEP que a autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano, resta evidente que a lei permite que o condenado possa deixar a unidade, devidamente autorizado, até 35 (trinta e cinco) dias por ano, para o fim de visitar sua família, não havendo o mínimo lastro de razoabilidade na pretensão recursal de limitar ou inviabilizar tal benefício.

A pretensão de que todas as saídas temporárias sejam objeto de pedido específico resvala o impossível, seja porque a decisão que as contempla é de legalidade e conveniência incontestáveis, seja porque a sistemática proposta inviabilizaria o sistema progressivo de execução, próprio do Juízo da Execução e, principalmente, prejudicaria os apenados que cumprissem os requisitos legais para a obtenção do benefício.

Nesse contexto, a própria redação da norma do art. 125 da LEP, ao estabelecer a revogação automática do benefício nas hipóteses de falta grave ou descumprimento das condições impostas na autorização, revela a desnecessidade e a inviabilidade de decisão específica para cada uma das frações de saída de benefício único, ainda que de gozo parcelado ou diferido no tempo.

Ora, se a revogação do benefício em tais hipóteses é automática, a única interpretação possível é a no sentido de que a decisão que concede ao apenado o benefício da saída para visita à família é única, sendo fracionado apenas o gozo do benefício.

Com essas razões, Senhora Presidente, ciente dos precedentes das duas Turmas, mas só para manter o posicionamento que vinha adotando no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sem prejuízo, é claro, de acolher o entendimento desta soberana Seção, como não poderia ser diferente, peço vênias à eminente Ministra Relatora para votar no sentido do desprovimento do recurso.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ): Sra. Presidente, peço vênias também à eminente Relatora e acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, de forma objetiva, porque ele já esgotou a matéria que converge para o meu ponto de vista, apenas para assinalar que a insurgência do *Parquet*, no caso concreto, está consubstanciada no fato de que o Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro deferiu o pedido de saídas temporárias formulado pelo recorrido, estabelecendo-o em duas vezes por mês (totalizando vinte e quatro saídas em doze meses), bem como por ocasião do seu aniversário, dos dias das Mães e dos Pais, da Páscoa e das festas do Natal e do Ano Novo, até o limite de trinta e cinco saídas anuais, de modo a não impedir eventual atividade laborativa a ser implementada a critério do diretor do estabelecimento prisional.

O recurso é contra essa decisão.

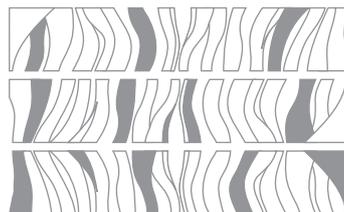
Ora, o inconformismo ministerial, *data maxima venia*, não pode prevalecer no caso em exame. Não há vulneração do art. 124 da Lei de Execuções Penais. O que se pretende com a LEP é reintegrar gradualmente o condenado à sociedade. Não sei se há outro objetivo primordial. Ademais, trata-se de um direito subjetivo do condenado porque cada saída com retorno ao estabelecimento prisional serve-lhe como instrumento terapêutico, valorizando os seus sentidos

de disciplina e responsabilidade. Enfatize-se que essa orientação está em consonância com os fins da legislação.

Devo dizer que esse problema tem sido objeto de muita discussão em todos os tribunais do país. Sensível a esse quadro e tendo em vista a situação do Estado do Rio de Janeiro, diversos colegas, alguns deles desembargadores das Câmaras Criminais, elaboraram, naquele Tribunal, vários enunciados sobre questões controvertidas, sendo uma delas relacionada ao tema que estamos analisando. Nesse enunciado da Seção Criminal, foram tomados por base alguns acórdãos do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim como meus e de outros desembargadores do Rio de Janeiro. Extraímos, dali, um enunciado no sentido de não haver qualquer tipo de ilegalidade no aludido procedimento, mas, ao revés, de estar ele em consonância com as finalidades de recuperação e reintegração do apenado à sociedade.

Portanto, Sra. Presidente, considerando que a orientação acima exposta servirá, com certeza, para estimular e aprimorar o senso de responsabilidade do recorrido, não vejo como reformar a decisão da Vara de Execuções Penais, questionada sobre a matéria em discussão, porque, na verdade, a meu juízo, ela atende aos interesses da sociedade e do próprio apenado, situando-se na mesma linha do seu direito subjetivo de usufruir da oportunidade que lhe é dada. Assim, não há que se falar em violação do art. 124 da LEP.

Por esse motivo, acompanhando o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, porquanto foi sempre assim que votei no Rio de Janeiro, peço vênha para negar provimento ao recurso especial do Ministério Público.



Súmula n. 521

SÚMULA N. 521

A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.

Referências:

CP, art. 51.

Lei n. 6.830/1980.

Lei n. 9.268/1996.

Precedentes:

EREsp	699.286-SP	(3ª S, 10.02.2010 – DJe 13.05.2010) – acórdão publicado na íntegra
EREsp	845.902-RS	(3ª S, 25.08.2010 – DJe 1º.02.2011)
REsp	832.267-RS	(5ª T, 20.03.2007 – DJ 14.05.2007)
REsp	1.134.003-MG	(5ª T, 20.05.2010 – DJe 28.06.2010)
AgRg no REsp	1.333.113-MG	(5ª T, 02.10.2012 – DJe 09.10.2012)
AgRg no REsp	1.332.225-MG	(5ª T, 18.12.2012 – DJe 06.02.2013)
AgRg no REsp	1.160.207-MG	(6ª T, 1º.12.2011 – DJe 19.12.2011)
AgRg no REsp	1.332.668-MG	(6ª T, 21.08.2012 – DJe 29.08.2012)
REsp	1.166.866-MS	(6ª T, 20.08.2013 – DJe 18.09.2013)

Terceira Seção, em 25.3.2015

DJe 6.4.2015

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 699.286-SP
(2006/0050567-5)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Embargante: Ricardo Muniz Pereira

Advogada: Patricia Helena Massa Arzabe - Procuradoria da Assistência
Judiciária

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Pena de multa (condenação). Execução (legitimidade).

1. De acordo com o entendimento da Corte Especial e da Terceira Seção, é da Fazenda Pública a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória, e não do Ministério Público.

2. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de divergência nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Maia, Jorge Mussi, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: É de ementa seguinte o acórdão embargado (5ª Turma, Ministro José Arnaldo):

“Recurso especial. Processual Penal. Execução penal. Multa. Competência do Ministério Público. Interpretação do art. 51 do CP, com alteração dada pela Lei 9.268/96.

Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais.

Recurso desprovido.”

Já o acórdão paradigma porta esta ementa (6ª Turma, Ministro Hamilton Carvalhido):

“Agravo regimental no recurso especial. Penal. Legitimidade para a execução da pena de multa imposta em processo criminal. Atribuição da Fazenda Pública. Improvimento.

1. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, com o advento da Lei n. 9.268/96, dando nova redação ao artigo 51 do Código Penal, afastou-se do Ministério Público a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em decorrência de processo criminal. Trata-se, pois, de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública, havendo juízo especializado para a cobrança da dívida, que não o da Vara de Execuções Penais.

2. Agravo regimental improvido.”

Admitidos os embargos, o Ministério Público Federal é de parecer “de que prevaleça o entendimento no sentido de que cabe ao Ministério Público promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De acordo com as palavras do embargante, a questão discutida no embargos de divergência tem a ver com a “legitimidade ativa para promover a execução da pena de multa imposta em decorrência de processo criminal após o advento da Lei n. 9.268/96”.

Acerca de tal matéria, há precedente da Corte Especial que decidiu pela legitimidade da Fazenda Pública. Refiro-me ao AgRg nos EREsp 286.792, que porta a seguinte ementa:

“Agravo regimental. Embargos de divergência. Súmula n. 168/STJ. Cobrança de multa imposta em sentença criminal. Ilegitimidade do Ministério Público. Fazenda Pública.

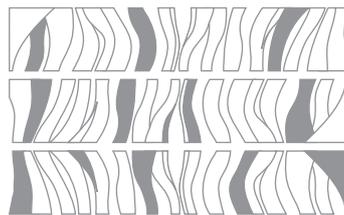
1. Incidência, no caso, da Súmula n. 168/STJ, tendo em vista que o Acórdão embargado decidiu na linha da jurisprudência desta Corte, no sentido de que, ‘desde o advento da Lei n. 9.268/96, compete ao Estado, através de seus procuradores, promover a execução da pena de multa imposta em processo criminal (CP art. 51)’.

2. Nos Conflitos de Atribuições n. 91/RJ e 107/RJ, decidiu a 1ª Seção, tão-somente, que compete à 3ª Seção julgar processos como o presente, tendo em vista que a natureza penal da multa permanece, mesmo transformada em dívida de valor. Assim, não está caracterizada a divergência.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg nos EREsp 286.792, Ministro Menezes Direito, DJ de 19.2.03.)

Também aqui, na Terceira Seção, já se decidiu pela legitimidade da Fazenda Pública quando, no julgamento do Conflito de Atribuição n. 107, DJ de 19.12.02, disse o Ministro Felix Fischer que, relativamente “à atribuição para promover a execução da pena de multa, cumpre ressaltar que a *quaestio* já é pacífica no âmbito deste Tribunal, que tem se pronunciado no sentido de que a nova redação do art. 51 do CP não apenas proibiu a conversão da pena de multa em detenção, no caso de inadimplemento, considerando-a dívida de valor, mas também determinou a aplicação da legislação pertinente à dívida ativa da Fazenda Pública, afastando a legitimidade do Ministério Público”.

Tais os precedentes citados, recebo o embargos; recebendo-os, restabeleço esta conclusão da decisão do Juiz da Vara do Júri e Execuções Criminais de São Bernardo do Campo: “... investigando a essência da alteração do artigo 51, do Código Penal, realmente se impõe o reconhecimento da falta de legitimidade do *Parquet*, como também da incompetência deste juízo, para o processamento da execução da pena de multa, ora considerada dívida de valor.”



Súmula n. 522

SÚMULA N. 522

A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

Referências:

CP, arts. 304 e 307.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

**(*)REsp 1.362.524-MG (3ª S, 23.10.2013 – DJe 02.05.2014) –
acórdão publicado na íntegra**

HC 168.671-SP (5ª T, 23.10.2012 – DJe 30.10.2012)

AgRg no

AgRg no AREsp 185.094-DF (5ª T, 19.03.2013 – DJe 22.03.2013)

HC 194.839-SP (5ª T, 19.03.2013 – DJe 22.03.2013)

HC 176.405-RO (5ª T, 23.04.2013 – DJe 03.05.2013)

HC 245.827-DF (5ª T, 25.06.2013 – DJe 1º.08.2013)

HC 156.087-SP (6ª T, 28.08.2012 – DJe 05.09.2012)

HC 196.305-MS (6ª T, 05.03.2013 – DJe 15.03.2013)

AgRg no AREsp 357.943-RS (6ª T, 15.10.2013 – DJe 28.10.2013)

HC 199.440-MG (6ª T, 24.10.2013 – DJe 04.11.2013)

AgRg no HC 181.700-RJ (6ª T, 15.10.2013 – DJe 12.11.2013)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 25.3.2015

DJe 6.4.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.362.524-MG (2013/0021696-4)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Juneo Hugo dos Santos

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. ART. 307 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. FALSA IDENTIFICAÇÃO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AUTODEFESA. INEXISTÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA DE FALSA IDENTIDADE. SUBMISSÃO AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO N. 8/2008 DO STJ.

1. Típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP).

2. O Supremo Tribunal Federal – ao julgar a repercussão geral no RE n. 640.139/DF, DJe 14/10/2011 – reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

3. Recurso especial provido exclusivamente para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), consoante o *decisum* de primeiro grau, mantido, no que não contrariar este voto, o acórdão *a quo*. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

O Dr. José Alberto Sartorio de Souza acompanhou o julgamento, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 2.5.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Minas Gerais* com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal daquele Estado (Apelação Criminal n. 1.0433.11.010501-5/001) que afastou a condenação imposta pela sentença ao recorrido – em razão da prática do delito de falsa identidade –, porquanto entendeu que o acusado que se atribui falsa identidade para evitar a prisão não comete o crime do art. 307 do Código Penal.

Esta, a ementa do acórdão *a quo* (fl. 192):

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA CABALMENTE DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. FALSA IDENTIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. CUSTAS. ISENÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. VOTO VENCIDO PARCIALMENTE.

I - Restando cabalmente demonstrado que o denunciado, mediante rompimento de obstáculo, subtraiu coisa alheia móvel de uma vítima e tentou subtrair bens móveis de outro ofendido, escorreita sua condenação nas iras do art. 155, § 4º, II, e do art. 155, § 4º, II, c/c art. 14, II, todos do CP.

II - Não configura a figura típica do art. 307 do CP o fato de a pessoa, indiciada, se atribuir falsa identidade perante a autoridade policial, porquanto se trata, na verdade, de mecanismo de autodefesa, amparado, em última análise, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio.

III - Conforme o art. 10, II, da Lei Estadual n. 14.939/2003, são isentos do pagamento de custas os benefícios da assistência judiciária.

Voto vencido parcialmente.

- Comete o crime de falsa identidade aquele que apresenta nome falso a ser preso em flagrante, uma vez que o direito constitucional de silêncio e autodefesa não autorizam o réu a mentir sobre sua própria identidade, conduta que ofende a fé pública e o interesse comum (Des. Júlio Cezar Guttierrez).

Merece transcrição o voto condutor do acórdão estadual, particularmente o trecho em que absolveu o recorrido em relação ao delito tipificado no art. 307 do Código Penal (fls. 197/198):

[...]

Relativamente ao delito do art. 307 do CP, com razão a douta Defensoria Pública.

Quando preso em flagrante o réu, de fato, atribuiu-se falsamente o nome de Wanderson Pereira dos Santos, conforme ele próprio confessou às fls. 6/6v. e 67/67v. Todavia, esta farsa não perdurou até a instrução criminal, pois, ainda na fase inquisitorial, veio aos autos seu real nome, tanto que foi indiciado e denunciado com o nome correto.

O ordenamento jurídico-penal tolera o falseamento da verdade enquanto a tal postura se possa realmente atribuir característica de defesa, isto é, quando alguma relação guardar com a ação delitiva imputada ao agente, e é este, pois, o caso dos autos.

[...]

Dessarte, absolvo o réu quanto a esse crime.

[...]

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 223/226).

No recurso especial, o órgão ministerial sustenta, em indispensável síntese, que o acórdão *a quo* violou o art. 307 do Código Penal, pois *o investigado em procedimento processual penal não pode, a pretexto de autodefesa ou em busca da ocultação de maus antecedentes, furtar-se à aplicação da lei penal por meio da prática do crime de falsa identidade* (fl. 237).

Aduz o recorrente que se faz irrelevante *o fato de que o réu tenha, ainda na fase inquisitorial, assumido sua verdadeira identidade (fl. 149 do acórdão), uma vez que o crime já havia se consumado. Com efeito, sendo o presente crime formal, o mesmo se configura quando o agente se atribui falsa identidade, independentemente de posteriores consequências (fl. 238).*

Em caráter subsidiário, afirma o recorrente que *o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 640.139, de relatoria do Min. Dias Toffoli, reconheceu a repercussão geral da matéria, manifestando-se em sentido diametralmente oposto ao esposado pelo acórdão combatido (fl. 239).*

Almeja o *Parquet* o reconhecimento do crime de falsa identidade (art. 307 do CP), com a condenação do recorrido à respectiva sanção penal, restabelecendo-se a sentença condenatória (fls. 233/242).

Contrarrazões ofertadas, por meio das quais se sustenta a manutenção do acórdão recorrido (fls. 247/250).

Admitiu-se o recurso na origem (fls. 252/253).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 268/272).

Dada a multiplicidade de recursos sobre o tema que ascendem periodicamente a este Superior Tribunal, admiti o processamento do feito como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça (fls. 274/277).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Brasilino Pereira Santos, opina pelo provimento do recurso, com manifestação no sentido de *que se adote, no regime do recurso repetitivo, o entendimento de que é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial, com o intuito de tentar ocultar antecedentes criminais (fls. 385/390).*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Primeiramente, conheço do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional, porque tempestivo e regularmente proposto, esgotada a instância inferior e prequestionada a matéria, não havendo falar em reexame de provas porque a questão federal a ser discutida

está embasada no acórdão impugnado, sendo os fatos conhecidos conforme julgados na instância ordinária.

Cinge-se a controvérsia a saber se a conduta do acusado – que se atribui falsa identidade, no momento da prisão em flagrante – se subsume ao tipo previsto no art. 307 do Código Penal, mesmo que tal atitude contenha natureza de autodefesa.

Erigida essa premissa, desde logo, reconheço que merece provimento a insurgência em exame, em decorrência da violação frontal do art. 307 do Código Penal verificada no acórdão recorrido.

No caso, merece transcrição o voto condutor do acórdão estadual, particularmente o trecho em que se absolveu o recorrido em relação ao delito de atribuição de falsa identidade (fls. 197/198):

[...]

Relativamente ao delito do art. 307 do CP, com razão a douta Defensoria Pública.

Quando preso em flagrante o réu, de fato, atribuiu-se falsamente o nome de Wanderson Pereira dos Santos, conforme ele próprio confessou às fls. 6/6v. e 67/67v. Todavia, esta farsa não perdurou até a instrução criminal, pois, ainda na fase inquisitorial, veio aos autos seu real nome, tanto que foi indiciado e denunciado com o nome correto.

O ordenamento jurídico-penal tolera o falseamento da verdade enquanto a tal postura se possa realmente atribuir característica de defesa, isto é, quando alguma relação guardar com a ação delitiva imputada ao agente, e é este, pois, o caso dos autos.

[...]

Dassarte, absolvo o réu quanto a esse crime.

[...]

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal – ao julgar a repercussão geral no RE n. 640.139/DF (DJe 14/10/2011) – reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) *não* alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

Sobre o tema, a doutrina pátria diverge, mas considera o seguinte:

Agente que se identifica com nome diverso quando flagrado na prática de roubo. *Não constitui extensão da garantia à ampla defesa atribuir-se falsa identidade como medida de autodefesa. Conduta típica, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome é utilizado no falso.*

[...]

O crime de falsa identidade é crime formal, ou seja, não exige, para a sua consumação, resultado naturalístico, consistente na obtenção efetiva de vantagem ou na causação de prejuízo de outrem.

[...]

Ainda que se admita, sob os auspícios da ampla defesa, a utilização pelo acusado do direito de calar-se ou até de alterar a verdade dos fatos puníveis que lhe são atribuídos, *a tanto inaceitável de se chegar ao extremo de falsear a própria identidade, visto ter lugar então ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social.*

[...]

(NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código Penal Comentado*. 11ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2012, pág. 1.132 e 1.133 – grifo nosso)

Logo, contravindo os fundamentos do acórdão *a quo*, segundo o mais recente entendimento deste Superior Tribunal – acompanhando a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal –, é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa, sendo este o caso dos autos (art. 307 do CP).

São inúmeras as decisões deste Tribunal neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL NO MOMENTO DA PRISÃO (ART. 307 DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. INSUBSISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a repercussão geral no RE n. 640.139/DF (DJe 14/10/2011), reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria posta em discussão, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

2. *No mesmo sentido, os mais recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça entendem ser típica a conduta de atribuir-se falsa identidade (art. 307 do CP)*

perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa, sendo esse o caso dos autos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 185.094/DF, Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, DJe 22/3/2013 – grifo nosso)

Cito ainda estas decisões: HC n. 196.305, Ministro Og Fernandes, DJe 15/3/2013; HC n. 179.707, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), DJe 4/3/2013 e AgRg no REsp n. 1.350.825, Ministro Jorge Mussi, DJe 7/3/2013.

Em acréscimo, unicamente para se evitar eventuais debates, afasto, na espécie, a incidência da Súmula 126/STJ, pois o acórdão *a quo* não se assentou, diretamente ou expressamente, em nenhum dispositivo da Constituição Federal, limitando-se a negar vigência ao art. 307 do Código Penal com base, inclusive, em precedente deste Superior Tribunal e, de forma suplementar, mencionou preceitos de índole supralegal e constitucional (fls. 188/202 e 223/226).

Diante disso, o recurso especial merece provimento para que se restabeleça a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), nos termos da sentença condenatória (fls. 119/130), reformando-se parcialmente o acórdão estadual (fls. 188/202 e 223/226).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial exclusivamente para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), consoante o *decisum* de primeiro grau (fls. 119/130), mantido, no que não contrariar este voto, o acórdão *a quo* (fls. 188/202 e 223/226). Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que se alega contrariedade ao art. 307 do Código Penal.

No caso, o recorrido foi condenado pelo crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal, porque, ao ser preso em flagrante, atribuiu-se nome falso.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao entender que tal conduta configuraria, em verdade, exercício de autodefesa por parte do acusado, absolveu-o da acusação de prática do referido delito.

O Recurso Especial merece prosperar.

A posição adotada no acórdão recorrido está em confronto com o entendimento pacificado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, segundo o qual a atribuição de falsa identidade, ainda que com a finalidade de autodefesa, configura fato típico. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO E FALSA IDENTIDADE. 1. ART. 307 DO CP. OBJETIVO DE OCULTAR ANTECEDENTES CRIMINAIS. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. INADMISSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. 2. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. 3. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO EXATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Esta Corte, em recentes julgados, observando orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, firmou compreensão no sentido de que tanto o uso de documento falso (art. 304 do Código Penal), quanto a atribuição de falsa identidade (art. 307 do Código Penal), ainda que utilizados para fins de autodefesa, visando a ocultação de antecedentes, configuram crime.

2. Na hipótese dos autos, o fato de o paciente ter confessado parcialmente a autoria dos delitos não deve afastar a incidência da confissão como circunstância atenuante, visto que, em consonância com os depoimentos prestados pelas vítimas e testemunhas, foi considerada para fundamentar a decisão condenatória.

3. Não faz jus o paciente à exata compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, em observância ao que disciplina o art. 67 do Código Penal, segundo o qual, em havendo concurso entre atenuantes e agravantes, devem preponderar aquelas relativas aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

4. Habeas corpus parcialmente concedido" (STJ, HC 188.937/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 11/05/2012).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FALSA IDENTIDADE PARA EXIMIR-SE DE RESPONSABILIDADE. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para

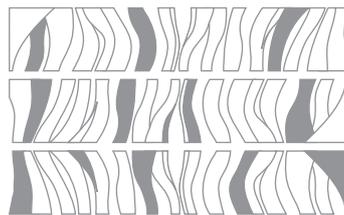
ocultar a condição de foragido ou eximir-se de responsabilidade, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa.

2. No caso, conforme depreende-se da imputação, no momento de sua prisão, o paciente atribuiu-se falsa identidade para eximir-se de responsabilidade penal, estando, portanto, caracterizada a tipicidade da conduta.

3. Ordem denegada" (STJ, HC 151.802/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 30/04/2012).

Destarte, deve ser provido o Recurso Especial, com a reforma do acórdão impugnado, uma vez que em desacordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema.

É como voto.



Súmula n. 523

SÚMULA N. 523

A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 161, § 1º.

Lei n. 9.250/1995, art. 39, § 4º.

Precedentes:

(*)REsp 1.111.189-SP (1ª S, 13.05.2009 – DJe 25.05.2009) –
acórdão publicado na íntegra

(*)REsp 879.844-MG (1ª S, 11.11.2009 – DJe 25.11.2009) –
acórdão publicado na íntegra

AgRg no REsp 936.470-RJ (1ª T, 04.12.2007 – DJ 19.12.2007)

EDcl no

AgRg no Ag 783.748-RJ (1ª T, 11.12.2007 – DJ 25.02.2008)

AgRg nos EDcl nos

EDcl no Ag 1.013.573-SP (2ª T, 04.06.2009 – DJe 21.08.2009)

AgRg no REsp 1.228.193-MG (2ª T, 22.03.2011 – DJe 1º.04.2011)

AgRg no REsp 1.358.785-MG (2ª T, 16.10.2014 – DJe 31.10.2014)

AgRg no AREsp 530.565-MG (2ª T, 04.11.2014 – DJe 14.11.2014)

(*) Recursos repetitivos.

Primeira Seção, em 22.4.2015

DJe 27.4.2015

RECURSO ESPECIAL N. 879.844-MG (2006/0181415-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Paulo Ricardo de Souza Cruz e outro(s)

Recorrido: Atacadão das Malas Ltda

Advogado: Marcos Chaves Viana

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (Precedentes: *AgRg no Ag 1.103.085/SP*, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009; *REsp 803.059/MG*, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009; *REsp 1.098.029/SP*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; *AgRg no Ag 1.107.556/SP*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 1º/07/2009; *AgRg no Ag 961.746/SP*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 21/08/2009)

3. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

4. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 582.461, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado:

“ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação do bis in idem. / Taxa SELIC. Aplicação para fins tributários. Inconstitucionalidade. / Multa moratória estabelecida em 20% do valor do tributo. Natureza confiscatória.”

5. Nada obstante, é certo que o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

6. Com efeito, os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: *AgRg nos EREsp 863.702/RN*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; *AgRg no Ag 1.087.650/SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; *AgRg no REsp 1.078.878/SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; *AgRg no REsp 1.084.194/SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; *EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; *EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e *AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN*, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

7. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado

a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Compareceu à sessão a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig, pelo recorrente.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 25.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TJ/MG, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO. ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA, EM RAZÃO DE JULGAMENTO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, PORÉM VINCULADO A OUTRA EXECUÇÃO, NÃO RECONHECENDO O FENÔMENO DA SUCESSÃO TRIBUTÁRIA, QUE COMPREENDERIA ÓBICE AO EXAME DE TAL ASPECTO. NÃO CONFIGURAÇÃO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CUMULATIVOS DA IDENTIDADE DE PARTES, PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. MÉRITO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. POSSIBILIDADE DE SER AFERIDA POR MEIO DE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. CONFIGURAÇÃO.

Noticiam os autos que ATACADÃO DAS MALAS LTDA ajuizou ação de embargos à execução, objetivando a sua exclusão do pólo passivo da execução, bem como a declaração de insubsistência da penhora efetuada sobre bens de sua propriedade, em razão de executivo fiscal movido também em face de Malas Boa Viagem Ltda, com vistas à exigência de créditos de ICMS.

Sobreveio sentença de improcedência, que restou parcialmente reformada, apenas no tocante ao afastamento da Taxa Selic como taxa de juros, nos termos da ementa retrotranscrita.

Opostos embargos de declaração, restaram os mesmos rejeitados.

A Fazenda Pública Estadual interpôs recurso especial, alegando violação dos arts. 535 do CPC, 161, § 1º do CTN; e art. 13 da Lei 9.065/95, bem assim a existência de dissídio jurisprudencial. Asseverou a legalidade de aplicação da Taxa Selic, nos termos da referida Lei Federal e Lei Estadual 6.763/75.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo, que recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância de origem.

Parecer do Ministério Público às fls. 825/833, opinando pelo provimento do recurso especial.

Insta destacar que a questão relativa à constitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC para fins tributários foi alçada a tema com repercussão geral pelo STF em 22/10/2009, acórdão ainda pendente de publicação, RE 582.461, consoante a seguinte ementa:

ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação do bis in idem. / Taxa SELIC. Aplicação para fins tributários. Inconstitucionalidade. / Multa moratória estabelecida em 20% do valor do tributo. Natureza confiscatória.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do presente recurso pela alínea “a” do permissivo constitucional, porquanto cumprido o requisito do prequestionamento, o mesmo não ocorrendo com a alínea “c”, em face da ausência de demonstração do dissídio pretoriano nos moldes do RISTJ.

Deveras, não assiste razão ao recorrente no que tange à violação ao artigo 535 do CPC, vez que o Tribunal apreciou plenamente a demanda, como se extrai das razões expendidas no acórdão proferido nos embargos de declaração, do qual não se afere qualquer omissão, obscuridade ou contradição.

Insta destacar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 582.461, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado:

"ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação do bis in idem. / Taxa SELIC. Aplicação para fins tributários. Inconstitucionalidade. / Multa moratória estabelecida em 20% do valor do tributo. Natureza confiscatória."

Nada obstante, é certo que o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

Com efeito, os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: *AgRg nos EREsp 863.702/RN*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; *AgRg no Ag 1.087.650/SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; *AgRg no REsp 1.078.878/SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; *AgRg no REsp 1.084.194/SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; *EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; *EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e *AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN*, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

Quanto ao *meritum causae*, a jurisprudência predominante desta Corte firmou entendimento no sentido da incidência de juros de mora equivalentes à Taxa SELIC em pagamento do crédito tributário.

Forçoso esclarecer que os debates nesta Corte gravitaram em torno da aplicação da taxa SELIC em sede de repetição de indébito. Nada obstante, impõe-se, *mutatis mutandis*, a incidência da referida taxa nos cálculos dos débitos que os contribuintes tenham para com as Fazendas Municipal, Estadual e Federal.

Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

Neste sentido, decisão unânime, proferida em sede de Agravo Regimental em Recurso Especial n. 422.604/SC, desta relatoria, DJ de 02.12.2002, cuja ementa proclama:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PARCELAMENTO DE DÉBITO FISCAL. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEI N. 9.250/95. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência da Primeira Seção, não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Estadual e Federal.

2. Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa Selic, ao passo que, no desembolso os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

3. Agravo regimental improvido.”

Afastadas as alegações no sentido da ilegitimidade da aplicação da SELIC no campo tributário, e diante da existência de norma estadual expressa determinando que os juros de mora “serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais” (art. 226, parágrafo único, da Lei Estadual n. 6.763/75), é de ser mantido o acórdão recorrido, para se reconhecer como devida a incidência do referido indexador sobre o débito objeto da presente demanda.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA

JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSENSO.

1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade.

2. A jurisprudência da Primeira Seção, não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e *mutatis mutandis*, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública.

3. A utilização da taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: AgRg no Ag 649.394/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 21.11.2005; REsp 586.219/MG, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02.05.2005; EREsp 419.513/RS, Min. JOSÉ DELGADO, DJ 08.3.2004).

4. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

5. Os artigos 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei n. 6.830/80, preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

6. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

7. A verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial, ante a incidência da Súmula 07/STJ.

8. A divergência jurisprudencial ensejadora de conhecimento do Recurso Especial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ.

9. A demonstração do dissídio jurisprudencial, impõe indispensável avaliar se a solução do decisum recorrido e do(s) paradigma(s) assentaram-se nas mesmas premissas fáticas e jurídicas, havendo entre elas similitude de circunstâncias.

10. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1.103.085/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. PRECEDENTES. TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL.

1. Não incide no processo falimentar a multa moratória, por constituir pena administrativa, ex vi do disposto no artigo 23, parágrafo único, inciso III, do Decreto-Lei 7.661/45 (Lei de Falências) e do princípio consagrado nas Súmulas do STF - 192 ("Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa) e 565 ("A multa fiscal moratória constitui pena administrativa). Precedente: REsp 816.487/MG, 1ª Turma, Min. Teori Zavascki, DJ de 21.02.2006.

2. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos créditos tributários, e havendo, na legislação tributária estadual, dispositivo determinando a sua incidência (Lei 6.763/75, do Estado de Minas Gerais, com redação atribuída pelo art. 29 da Lei 14.699/2003), aplicável a referida taxa desde o início da vigência da legislação extravagante.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 803.059/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS DECLARADO E NÃO PAGO - NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO - DESNECESSIDADE - CRÉDITO CONSTITUÍDO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE (ACERTAMENTO) - TAXA SELIC - JUROS DE MORA - LEI ESTADUAL PAULISTA 10.175/1998 - VALIDADE - ICMS - INCLUSÃO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO - LEGALIDADE.

1. É prescindível o lançamento formal quando o próprio contribuinte, no âmbito da atividade prevista no art. 150 do CTN, constitui a dívida por meio de declaração tributária. Precedentes.

2. Havendo previsão na legislação estadual, como na Lei Estadual paulista 10.175/1998, é legal a incidência de juros de mora equivalentes à Taxa Selic. Precedentes.

3. Conforme a jurisprudência do STJ é legal a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, que leva em conta o valor da operação mercantil. Precedentes.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.098.029/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A AUTOLANÇAMENTO. ICMS. DISPENSABILIDADE DA HOMOLOGAÇÃO FORMAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. LEI ESTADUAL.

1. "Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo". (AgRg no REsp 1.016.430/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 02.04.2008) Precedente: REsp 885.795/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 16/09/2008)

2. A aferição da possível necessidade de se produzir prova pericial no processo faz atrair o óbice da Súmula 7/STJ.

3. *Legalidade do emprego da taxa Selic, diante da existência de lei estadual, que engloba atualização monetária e juros, na atualização monetária dos débitos fiscais tributários.*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no Ag 1.107.556/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 1º/07/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. RESTITUIÇÃO, COMPENSAÇÃO OU CREDITAMENTO. ART. 166 DO CTN.

1. *É legítima a aplicação da taxa Selic sobre débitos tributários na hipótese de previsão na Lei estadual para tanto. Precedentes do STJ.*

2. *Para a restituição, compensação ou creditamento do montante de ICMS indevidamente recolhido, relativo à majoração considerada inconstitucional, é necessário demonstrar o cumprimento do disposto no art. 166 do CTN. Precedentes do STJ.*

3. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no Ag 961.746/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 21/08/2009)

Com essas considerações, ***dou provimento*** ao Recurso Especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros aos Ministros da 1ª, 2ª e 3ª Seções, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.189-SP (2009/0030752-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Thereza Santos Galo e outros

Advogado: Leonardo Arruda Munhoz e outro(s)
Recorrido: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP
Advogado: Celia Maria Albertini Nani Turqueto e outro(s)
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Procurador: Fernanda Amaral Braga Machado e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL.

1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido (EREsp 399.497, EREsp 225.300, EREsp 291.257, EREsp 436.167, EREsp 610.351).

2. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, § único do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 25.5.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda visando à restituição de valores cobrados indevidamente a título de contribuição previdenciária, decidiu, no que importa ao presente recurso, que sobre o indébito devem incidir “juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da Lei n. 9.494/97” (fls. 277).

No recurso especial (fls. 302/313), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 406 do Código Civil, 39, § 4º, da Lei 9.250/95 e 1º-F da Lei 9.494/97, ao argumento de que, na ausência de lei que estipule taxa diversa, os juros moratórios incidentes sobre indêbitos tributários “deveriam ser fixados pela taxa Selic, ou alternativamente, na base de 1% (um por cento) ao mês, e não em 6% ao ano como equivocadamente entendeu o v. acórdão” (fl. 304), sendo inaplicável o art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Em contra-razões (fls. 349/355), o Estado de São Paulo pugna pelo não conhecimento do especial ante a falta de (a) comprovação da divergência

jurisprudencial na forma exigida pelo RISTJ; e de (b) prequestionamento das questões federais invocadas no recurso. No mérito, pleiteia o desprovimento da irresignação. O IPESP, em sua manifestação (fls. 389/392), requer a manutenção do julgado.

O recurso foi admitido na origem sob o regime do art. 543-C do CPC, o que foi aqui confirmado (fl. 401).

O parecer do Ministério Público Federal pelo seu provimento, para fixar a taxa de 1% como juros de mora (fls. 470/473).

Em petição protocolada em 23/04/09, a Estado de São Paulo agrava da decisão que afetou o recurso à Seção, alegando, em síntese, que lhe faltam os requisitos de admissibilidade (fls. 484/485).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não merece acolhida a petição de fls. 484/485, que enfoca, extemporaneamente, matéria própria de contra-razões. Ademais, o recurso preenche os requisitos próprios de admissibilidade, estando devidamente prequestionada a matéria controvertida.

2. A controvérsia central diz respeito à da taxa de juros de mora aplicável na repetição de indébito de tributo estadual. Para o seu adequado enfrentamento é indispensável situar o tema no seu contexto histórico. O Código Tributário Nacional, ao tratar da repetição de indébito, (art. 167), dispôs que ela “vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar” (art. 167, § único). Nada dispôs, no entanto, sobre a taxa desses juros. Essa lacuna foi suprida, ainda à época em que o Supremo Tribunal Federal decidia questões dessa natureza, pelo método da analogia e com base no princípio da isonomia, determinando-se, que, na repetição de indébito, deve incidir a taxa de juros de mora igual à que incide sobre o valor dos tributos pagos com atraso, nos termos estabelecidos no § 1º do art. 161 do CTN (“Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”). Assim decidiu o STF, entre outros, no RE 90.232-5 (DJ de 01/12/78), RE 82.851 (RTJ 82/535), RE 85.791 (RTJ 85/984) e RE 101.050 (RTJ 116/670). Essa linha de entendimento foi mantida pelo STJ, desde os seus primórdios (v.g.: REsp 12.970, 1ª T., Min. Gomes de Barros, DJ de 01/11/91), o que levou o Min. Ari Pargendler a afirmar, no julgamento

do AgRg no Ag 121.141, DJ de 06.12.96, na 2ª Turma, que “a jurisprudência da Egrégia 1ª Seção é pacífica no sentido de que, na repetição do indébito tributário, incidem juros de mora de 1% ao mês por aplicação analógica do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional”.

Ocorre que esse dispositivo do CTN (art. 161, § 1º) fixou em 1% (um por cento ao mês) a taxa de juros “Se a lei não dispuser de modo diverso”. Ficou estabelecida, portanto, uma reserva de competência para legislador ordinário.

Disso tudo decorre, portanto, o seguinte princípio: em face da lacuna do art. 167, § único do CTN, a taxa dos juros de mora, na repetição de indébito, deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os débitos tributários pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Essa orientação, inclusive no que se refere ao percentual de 1% ao mês, foi pacificamente seguida pela 1ª Seção até o advento da Lei 9.250/95. Tal diploma normativo, modificando o art. 66 da Lei 8.383/91 (que trata da compensação ou repetição de “pagamento indevido ou a maior de tributos contribuições federais, inclusive previdenciárias”), dispôs o seguinte, no § 4º do seu art. 39:

“Art. 39. (...) § 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

Assim, a partir da vigência desta norma, ficou colmatada, em relação à *repetição de indébitos de tributos federais*, a lacuna existente no art. 167, § único do CTN. Por isso, a jurisprudência da Seção passou-se a entender que, na repetição de indébito, os juros de 1% ao mês incidem apenas sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, é aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido, inacumulável com qualquer outro índice. O julgamento dos EREsp 399.497/SC, em maio de 2003, 1ª Seção, o relator, Min. Luiz Fux, é reflexo da nova orientação, conforme deixa evidenciado a ementa:

“1. O parágrafo 4º, do artigo 39, da Lei nº 9.250/95 dispõe que a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa SELIC, calculados a partir de 1º de janeiro de 1.996 até o mês anterior ao da compensação ou restituição.

(...)

6. É assente nas Turmas de Direito Público, com ressalvas minoritárias, que na repetição do indébito, os juros SELIC são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência do campo tributário (art. 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95).

7. Deveras, a imputação de juros em débitos tributários ou em créditos da mesma origem prescinde de lei complementar para instituí-la, conforme resta evidente do art. 146, III, da CF, ressoando a fixação dos juros como intervenção estatal no domínio econômico.

8. Sedimentou-se, assim, a tese vencedora de que o termo *a quo* para a aplicação da taxa de juros SELIC em repetição de indébito é a data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência no campo tributário, consoante dispõe o art. 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95”.

A orientação foi seguida e é até hoje adotada, sem qualquer dissonância, no âmbito desta 1ª Seção (v.g.: EREsp 225.300/PR, Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; EREsp 291.257/SC, Min. Luiz Fux, DJ de 06.09.2004; EREsp 436.167, de minha relatoria, DJ de 02.05.05; EREsp 610.351, Min. Castro Meira, DJ de 01.07.05).

4. Ocorre que, conforme referido, a Lei 9.250/95 disciplinou apenas matéria relativa a repetição de indébito de *tributos federais*. Não tratou, nem poderia tratar, dos tributos estaduais ou municipais. Isso significa dizer que, relativamente a esses tributos, permanece a lacuna do art. 167, § 1º do CTN, o que impõe sua colmatação segundo o princípio analógico e isonômico adotado na jurisprudência tradicional. Pode-se, portanto, em relação a eles, reafirmar o princípio geral: em face da lacuna do art. 167, § único do CTN, a taxa dos juros de mora, na repetição de indébito de tributos estaduais ou municipais, deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

Em várias unidades federativas, o legislador local adotou a taxa SELIC como encargo pelo atraso no pagamento dos tributos, equiparando-se, portanto, com o sistema federal. Em casos tais, na linha de entendimento acima referida, os precedentes do STJ são no sentido de considerar incidente que, a partir da

data de vigência da lei estadual ou municipal que prevê tal incidência, o mesmo encargo será devido na repetição de indébito.

Ilustram o entendimento os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. IPTU. TIP. TCLLP E TCDL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA APLICÁVEL. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECIAL. ART. 161, § 1º, DO CTN.

(...)

2. Os juros de mora, na repetição de indébito, conforme dispõe o artigo 161, parágrafo primeiro, do CTN, devem incidir no percentual de 1% (um por cento) ao mês, na ausência de lei especial que determine aplicação de taxa diversa. Precedentes desta Corte: REsp 799.010/SP, 1ª Turma, DJ de 04.06.2007; REsp 904.433/SP, 2ª Turma, DJ de 23/03/2007; REsp 853.186/RS, 1ª Turma, DJ de 11/09/2006; EREsp 769.312/RS, 1ª Seção, DJ de 02/10/2006; REsp 876.126/SP, 1ª Turma, DJ de 19/03/2007; REsp 604.967/RJ; 2ª Turma, DJ de 30/10/2006.

3. *In casu*, o Município do Rio de Janeiro não possui legislação autorizadora do emprego da taxa SELIC na restituição de tributos pagos indevidamente, razão pela qual deve incidir, na hipótese, o § 1º do art. 161 do CTN.

(...)

(EDcl no AgRg no Ag 783.748/RJ, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 25/02/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU E TAXAS MUNICIPAIS. EXERCÍCIOS DE 1998, 1999 E 2000. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

1. O art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, prevê a aplicação da taxa SELIC para corrigir valores referentes à restituição ou compensação de tributos federais.

2. Entretanto, na esfera municipal é necessária a existência de lei local específica que preveja expressamente a utilização da taxa SELIC em favor do contribuinte, ou, então, em prol do município quando do recebimento de tributos em atraso, pois, neste caso, em face do princípio da isonomia que deve reger as relações tributárias, seria plenamente cabível a sua aplicação nas hipóteses de restituição e compensação de indébitos. Precedentes.

3. Diante da ausência de legislação local específica, incide, no caso, o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

4. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 936.470/RJ, Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ 19/12/2007)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR ESTADUAL APOSENTADO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA APLICÁVEL. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Precedentes do STF e do STJ.

3. Inviável a aplicação do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com redação dada pela MP 2.180-35/2001, aos casos de repetição de indébito tributário, pois sua incidência limita-se às hipóteses de pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos.

4. Tratando-se de repetição de indébito tributário e havendo, na legislação tributária estadual, dispositivo determinando a aplicação da SELIC (Lei 6.763/75, do Estado de Minas Gerais, com redação atribuída pelo art. 29 da Lei 14.699, de 06.08.2003), aplicável a referida taxa desde o início da vigência da legislação extravagante.

(...)

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 866.901/MG, Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 31/05/2007)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA. REDUÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. INAPLICABILIDADE. EXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO DEFINITIVAMENTE JULGADO. ARTIGO 106, II, "C", DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. REVISÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA TAXA SELIC. LEI ESTADUAL. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

(...)

4. Na repetição de indébito ou na compensação de tributos federais, com o advento da Lei n. 9.250/95, a partir de 1º.01.96, há incidência da taxa Selic a partir do recolhimento indevido.

5. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

6. Em se tratando de tributo estadual e, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais, legítima a aplicação da taxa Selic a partir da entrada em vigor da correspondente lei.

7. Recurso especial do Estado do Paraná provido. Recurso especial das empresas improvido.

(REsp 437.632/PR, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 01/02/2006)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TAXA SELIC. LEI ESTADUAL N. 6.763/75. APLICAÇÃO. PRECEDENTES STJ.

1. A eg. Primeira Seção deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa Selic sobre débitos e créditos tributários estaduais, desde que haja lei estadual autorizando a sua aplicação.

2. Recurso especial provido.

(REsp 899.558/MG, Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 26/09/2008)

5. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei 10.175/98, com vigência a partir de 01/01/99, estabelece o seguinte:

Artigo 1º - Os impostos estaduais, não liquidados nos prazos previstos na legislação própria, ficam sujeitos a juros de mora.

§ 1º - A taxa de juros de mora é equivalente:

1 - por mês, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente;

2 - por fração, a 1% (um por cento).

§ 2º - Considera - se, para efeito deste artigo:

1 - mês, o período iniciado no dia 1º e findo no respectivo último dia útil;

2 - fração, qualquer período de tempo inferior a um mês, ainda que igual a um dia.

Na linha do entendimento antes indicado, esses mesmos encargos incidem, a partir da vigência da Lei, na repetição de indébito de tributos do Estado de São Paulo. Relativamente ao período anterior, incide a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, observado o disposto na súmula 188/STJ.

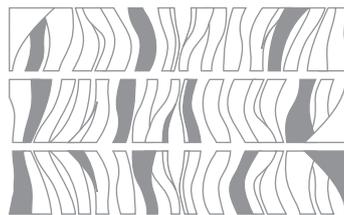
Bem se vê, portanto, que não há qualquer razão plausível para justificar a decisão do acórdão embargado, de aplicar, nesses casos, o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação dada pela MP 2.180-35/2001), norma absolutamente estranha à matéria tributária, pois regula apenas hipóteses de *pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*. Quanto a esse particular, há precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção (v.g.: REsp 1084368/SP, Min. Benedito Gonçalves, 1º Turma, DJe 18/03/2009; AgRg no REsp 950.939/MG, Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 07/04/2009).

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08.

É o voto.



Súmula n. 524

SÚMULA N. 524

No tocante à base de cálculo, o ISSQN incide apenas sobre a taxa de agenciamento quando o serviço prestado por sociedade empresária de trabalho temporário for de intermediação, devendo, entretanto, englobar também os valores dos salários e encargos sociais dos trabalhadores por ela contratados nas hipóteses de fornecimento de mão de obra.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LC n. 116/2003, (lista anexa).

Lei n. 6.019/1974, arts. 4º, 11, 15 e 19.

Decreto-Lei n. 406/1968, art. 9º.

Precedentes:

EREsp	1.060.672-SP	(1ª S, 09.12.2009 – DJe 18.12.2009)
(*)RESp	1.138.205-PR	(1ª S, 09.12.2009 – DJe 1º.02.2010) – acórdão publicado na íntegra
AgRg nos EREsp	982.952-RS	(1ª S, 25.08.2010 – DJe 06.09.2010)
AgRg nos EREsp	1.185.275-PR	(1ª S, 24.04.2013 – DJe 02.05.2013)
REsp	920.665-RS	(1ª T, 25.11.2008 – DJe 17.12.2008)
AgRg no Ag	1.282.656-RJ	(1ª T, 03.08.2010 – DJe 13.08.2010)
AgRg no REsp	1.189.278-SP	(1ª T, 28.09.2010 – DJe 07.10.2010)
EDcl no Ag	1.225.513-SP	(1ª T, 1º.12.2011 – DJe 12.12.2011)
AgRg no AREsp	60.839-MS	(1ª T, 05.06.2012 – DJe 09.08.2012)
AgRg no REsp	1.197.799-SP	(1ª T, 19.06.2012 – DJe 22.06.2012)
AgRg no REsp	1.264.990-MG	(1ª T, 06.05.2014 – DJe 19.05.2014)
AgRg no AREsp	25.600-DF	(2ª T, 12.06.2012 – DJe 20.06.2012)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 22.4.2015

DJe 27.4.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.138.205-PR (2009/0084721-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Município de Londrina

Procurador: Ana Cláudia Neves Rennó e outro(s)

Recorrido: Admita Recursos Humanos Ltda

Advogado: João Carlos de Oliveira Júnior e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. VALOR REFERENTE AOS SALÁRIOS E AOS ENCARGOS SOCIAIS.

1. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, consoante disposto no artigo 9º, *caput*, do Decreto-Lei 406/68.

2. As empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: *(i)* como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; *(ii)* como prestadora do próprio serviço, utilizando de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho.

3. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas “intermediações”.

4. O ISS incide, nessa hipótese, apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas com a prestação. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários.

5. A exclusão da despesa consistente na remuneração de empregados e respectivos encargos da base de cálculo do ISS, impõe perquirir a natureza das atividades desenvolvidas pela empresa prestadora de serviços. Isto porque as empresas agenciadoras de mão-de-obra, em que o agenciador atua para o encontro das partes, quais sejam, o contratante da mão-de-obra e o trabalhador, que é recrutado pela prestadora na estrita medida das necessidades dos clientes, dos serviços que a eles prestam, e ainda, segundo as especificações deles recebidas, caracterizam-se pelo exercício de intermediação, sendo essa a sua atividade-fim.

6. Consectariamente, nos termos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS.

*“Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, **por elas remunerados e assistidos.**”*

(...)

*Art. 11 - **O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente** será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.*

(...)

*Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a **apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador,** bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.*

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

(...)

*Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as **empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.***

7. Nesse diapasão, o enquadramento legal tributário faz mister o exame das circunstâncias fáticas do trabalho prestado, delineadas pela instância ordinária, para que se possa concluir pela forma de tributação.

8. *In casu*, na própria petição inicial, a empresa recorrida procede ao seu enquadramento legal, *in verbis*:

“Como demonstra seu contrato social (documento anexo), a Impetrante tem como objetivo societário a locação de mão-de-obra temporária, na forma da Lei n. 6.019/74.

Em contraprestação a essa terceirização, conforme cópia exemplificativa de contrato em anexo (documento anexo), as empresas contratantes ou tomadoras de seus serviços realizam o pagamento da remuneração do trabalhador terceirizado e o pagamento do spread da Impetrante, qual seja, a chamada taxa de administração, conforme cópia exemplificativa de nota fiscal em anexo (documento anexo).

Entretanto, por inconveniência contábil e exigência ilegal do Fisco, está “autorizada” a somente emitir uma nota fiscal para receber os seus serviços, onde a taxa de administração, despesas e remuneração do terceirizado são pagas de forma conjunta.”

9. O Tribunal *a quo*, a seu turno, assentou que:

“Para melhor esclarecer a questão faz-se necessário definir a relação jurídica e as partes envolvidas.

11. *Verifica-se, pois, que existe a empresa tomadora do serviço de mão-de-obra, a empresa prestadora/agenciadora do serviço de mão-de-obra e o trabalhador que irá prestar o serviço.*

12. *Em decorrência disso, existe também um contrato entre a empresa tomadora do serviço e a empresa/agenciadora, bem como entre a empresa/agenciadora e o trabalhador. Nesse sentido, a empresa/agenciadora, no caso a apelada, irá determinar ao trabalhador que execute um determinado trabalho, sendo que ele será remunerado pela execução da tarefa. Dessa forma, a empresa/agenciadora de mão-de-obra recebe a taxa de administração e o reembolso do valor concernente à remuneração do trabalhador, da empresa tomadora do serviço.*

13. *Assim, o único serviço que a empresa/agenciadora de mão-de-obra presta é o de indicar uma pessoa (trabalhador) para a execução do trabalho e a remuneração bruta é o pagamento que recebe (taxa de administração).”*

10. Com efeito, verifica-se que o Tribunal incorreu em inegável equívoco hermenêutico, porquanto atribuiu, à empresa agenciadora de mão-de-obra temporária regida pela Lei 6.019/74, a condição de intermediadora de mão-de-obra, quando a referida lei estabelece, *in verbis*:

*“Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, **por elas remunerados e assistidos.***

(...)

*Art. 11 - **O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente** será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.*

(...)

*Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a **apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador**, bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.*

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

(...)

*Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as **empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.**”*

11. Destarte, a empresa recorrida encarta prestações de serviços tendentes ao pagamento de salários, previdência social e demais encargos trabalhistas, sendo, portanto, devida a incidência do ISS sobre a prestação de serviços, e não apenas sobre a taxa de agenciamento.

12. Recurso especial do Município provido, reconhecendo-se a incidência do ISS sobre a taxa de agenciamento e as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores contratados pelas prestadoras de serviços de fornecimento de mão-de-obra temporária (Lei 6.019/74). Acórdão

submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 1º.2.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de Londrina, com fulcro na alínea “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TJ/PR, assim ementado:

TRIBUTÁRIO - ISSQN - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - TERCEIRIZAÇÃO - SERVIÇO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA - EMPRESA AGENCIADORA - TAXA DE AGENCIAMENTO - FATO GERADOR INEXISTENTE - HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA - IMPOSTO INDEVIDO - RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

“O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários.” (REsp 411.580/SP - Rel. Ministro Luiz Fux - 1ª Turma - DJU 16.12.2002 - p. 253).

Noticiam os autos que Admita Recursos Humanos Ltda. impetrou mandado de segurança, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de ISSQN sobre o valor integral das notas fiscais emitidas para as

empresas tomadoras de seus serviços, ao argumento de que a tributação deveria recair apenas sobre a taxa de administração, que constitui a renda auferida com a prestação de serviços. Requereu o reconhecimento da ilegalidade pelo período pretérito de 10 anos, para posterior ajuizamento de ação repetitória em via própria.

Sobreveio sentença de procedência parcial do pedido, para determinar a suspensão da cobrança sobre o valor excedente à taxa de administração pelo serviços de agenciamento de mão-de-obra temporária.

O Tribunal Estadual negou provimento à apelação da Municipalidade, nos termos da ementa retrotranscrita.

Nas razões recursais, alegou-se dissídio jurisprudencial com arestos prolatados pelo TJ/DF e pelo TA/PR, que entenderam pela incidência da exação sobre a receita bruta, e não apenas sobre a taxa de administração cobrada pelas empresas de agenciamento de serviços temporários. Alegou a recorrente que a atividade econômica da recorrida consta expressamente da LC 116/03 e no CTM, não se admitindo que o Poder Judiciário analise a oportunidade ou conveniência da inclusão de tais serviços como hipótese de incidência tributária, porquanto trata-se de competência legislativa exclusiva. Ademais, o serviço prestado englobaria o agenciamento da mão-de-obra, o gerenciamento da folha de pagamentos, de encargos sociais etc, devendo o tributo incidir sobre todo o serviço prestado, máxime porque o repasse dos valores aos trabalhadores temporários estaria encartado nesses serviços.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo, que recebeu crivo negativo de admissibilidade, tendo subido ao STJ em virtude do provimento do agravo de instrumento.

Parecer do Ministério Público às fls. 326/334, opinando pelo provimento do recurso, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. VALOR REFERENTE AOS SALÁRIOS E AOS ENCARGOS SOCIAIS.

I. "...nos termos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS."

2. *Precedentes dessa Corte.*

3. *Parecer pelo provimento do nobre apelo.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do presente recurso, porquanto observados os requisitos de admissibilidade recursal.

Inicialmente, impende assentar que a jurisprudência da Corte posicionava-se no sentido de que, de acordo com o art. 9º, do Decreto-Lei n. 406/68, a base de cálculo ISS deveria corresponder ao preço do serviço, o qual abrangia o custo do serviço, lucro, frete, impostos e despesas operacionais. Desta sorte, para todos os efeitos legais, era considerada a receita bruta, posto inexistente previsão legal prevendo deduções para o cálculo de tal exação.

Nos autos do REsp n. 209.005/SP, publicado no DJ de 16.08.1999, o e. Ministro Garcia Vieira assim se pronunciou quanto ao tema:

“(…)

A base de cálculo do imposto sobre serviços é o preço do serviço (Dec. Lei 406/68, art. 9º, ‘caput’). O disposto no citado artigo não determina seja feita qualquer redução no cálculo do Imposto Sobre Serviços. No preço do serviço são incluídos vários elementos tais como custo do serviço, lucro, frete, impostos devidos, despesas operacionais, etc.

O preço do serviço é considerado como receita bruta. O STJ, no REsp n. 12.468-0-SP, Segunda Turma, relator, Ministro Américo Luz, DJ de 08.08.94, entendeu que o preço do serviço consiste na renda bruta auferida pelo contribuinte, entendendo-se esta com os descontos efetivamente concedidos no momento do contrato dos serviços. Assim, no preço dos serviços estão incluídos rendimentos auferidos pelos trabalhadores, os tributos e encargos no recrutamento, agenciamento, seleção, colocação e fomento da mão-de-obra.

Com razão o v. acórdão recorrido (fls. 111/115), aos sustentar que:

‘No exercício de suas atividades, a apelante oferece ao interessado o empregado temporário, por um preço previamente estabelecido. Este preço inclui, à obviedade, o salário do trabalhador, as contribuições sociais, e outros custos da empresa. Este, pois, o preço do serviço que presta. Não há embasamento legal para exclusão de quaisquer parcelas, ou para que o tributo

incida, como pretende a embargante, somente sobre o valor de sua comissão, ou, como diz, sobre a taxa de administração. Porque o preço do serviço que presta é o valor que recebe da outra contratante.”

Eis a ementa de referido precedente:

“TRIBUTÁRIO - ISS - BASE DE CÁLCULO - AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA - INCLUSÃO DO VALOR DOS SALÁRIOS DOS TRABALHADORES - IPC DE JANEIRO DE 1989.

A base de cálculo do Imposto Sobre Serviços é o preço do serviço.

O preço do serviço é considerado como receita bruta, incluídos os rendimentos auferidos pelos trabalhadores, os tributos e encargos no recrutamento, agenciamento, seleção, colocação e fomento de mão-de-obra. O IPC relativo ao mês de janeiro de 1989 é de 42,72%. Recurso parcialmente provido.” (REsp 209.005/SP, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 16/08/1999)

No mesmo sentido, os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. BASE DE CÁLCULO. AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA. JULGAMENTO EXTRA PETITA.

(...) omissis.

A base de cálculo do Imposto Sobre Serviços é o preço do serviço. O preço do serviço é considerado como receita bruta, incluídos os rendimentos auferidos pelos trabalhadores, os tributos e encargos no recrutamento, agenciamento, seleção, colocação e fomento de mão-de-obra, etc.

Agravo no agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AGEDAG 205.704/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 21/08/2000)

“ISS - BASE DE CÁLCULO - RECEITA BRUTA - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - FACULDADE.

O artigo 476 do CPC apenas confere ao Juiz a faculdade, e não a obrigatoriedade, de suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência.

A Lei Municipal n. 2.667/92, artigo 145, parágrafo 3º, não contraria o disposto no artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/88, ao determinar que considera-se preço do serviço, a receita bruta a ele correspondente sem qualquer redução, incluindo, inclusive, os rendimentos auferidos pelos trabalhadores, os tributos e encargos no recrutamento, agenciamento, seleção, colocação e fomento de mão-de-obra.

Recurso improvido.” (REsp 195.683/SP, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 10/05/1999)

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. I.S.S. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA BRUTA. INOCORRÊNCIA DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

Inocorrendo ofensa a lei federal, ao decidir o acórdão recorrido que o valor estipulado constitui o preço do serviço a ser prestado, incidindo sobre ele o imposto municipal - além de indemonstrada a divergência de julgados, na forma regimental - não prospera o recurso especial.” (REsp 60.597/PR, Rel. Min. HELIO MOSIMANN, DJ de 17/05/1999)

Nada obstante, a jurisprudência não pode representar a eternização de injustiças a pretexto de manter uma suposta coerência que induz à solução dissonante do valor justiça.

Assim, deve-se proceder a uma interpretação do que venha a ser “preço do serviço”, que se mostre mais consentânea com os princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da justiça tributária.

Por isso que o e. Ministro José Delgado, em voto-vista ao REsp 411.480/SP, desta Relatoria, assentou que o fornecedor de mão-de-obra temporária, **como intermediário**, deve recolher a exação sobre o que percebe para colocar terceiro no mercado de trabalho, ao fundamento de que:

“(…) o preço do serviço, no caso da atividade de fornecimento de mão-de-obra temporária, é a receita bruta proveniente do serviço prestado (o fornecimento da mão-de-obra temporária), assim entendida a soma de valores auferidos e que adentram para o patrimônio do prestador. Na hipótese específica, os valores correspondentes à paga de salários e de encargos sociais dos trabalhadores temporários, são receitas destes e não da empresa prestadora. Incluir tais valores (salários e encargos) na base de cálculo do ISSQN é ferir a capacidade contributiva e onerar valores não relacionados ao fato gerador da obrigação tributária do imposto municipal. Como tal, esta exigência arbitrária é inconstitucional por extravasar a competência dos municípios e exasperar na exigência fiscal.”

A base de cálculo do ISSQN, na hipótese de prestação de serviços de fornecimento de mão-de-obra temporária, limita-se ao valor das comissões auferidas pela empresa fornecedora (prestadora), sendo vedada a inclusão de valores que não adentram para o patrimônio da empresa prestadora (não são receitas). É o posicionamento de diversas e respeitáveis decisões do Egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, com cujas lições comungamos.

(…)”

Da mesma forma, o e. Ministro Benedito Gonçalves, no AgRg no AgRg no REsp 1.060.672/SP, DJ 01/06/20009, reportando-se ao precedente firmado no REsp 920.665/RS, desta relatoria, *litteris*:

“(...) o caso dos autos é diverso e se amolda ao precedente firmado pela Primeira Turma no julgamento do REsp 920.665/RS, o qual teve relator o Ministro Luiz Fux (sessão de 25.11.2008), onde foi feita a distinção entre empresa que apenas agencia a mão de obra daquelas que, além de agenciarem o serviço de trabalho temporário, contratam os trabalhadores para a prestação do serviço nos respectivos tomadores. Por oportuno, eis a questão como colocada pelo eminente relator em seu voto:

Deveras, parece-me que o ponto nodal da presente controvérsia reside na definição da forma de tributação do ISS sobre a prestação de serviço de agenciamento de mão-de-obra temporária, fazendo-se mister, como pressuposto lógico dessa inferência, a perscrutação acerca do serviço efetivamente prestado pela empresa: se este configura mera intermediação na contratação de mão-de-obra, a qual é contratada pelo tomador dos serviços, de forma que cabe a este arcar com o valor dos encargos trabalhistas e sociais dos trabalhadores temporários ou agenciados; ou se a contratação é realizada pela própria empresa prestadora do trabalho temporário, cabendo-lhe, portanto, o referido ônus.

Isto porque, no primeiro caso, a base de cálculo do ISS seria a taxa de administração - que é o preço do serviço efetivamente prestado, enquanto que, na segunda hipótese, a base de cálculo recairia sobre o total da receita percebida, nela incluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores.

Nesse diapasão, o enquadramento legal tributário faz mister o exame das circunstâncias fáticas do trabalho prestado, delineadas pela instância ordinária, para que se possa concluir pela forma de tributação.”

Destarte, tem-se que, consoante o disposto no art. 9º, *caput*, do Decreto-Lei n. 406/68, a base de cálculo do ISS é “o preço do serviço”, assim entendido como a contraprestação que o tomador ou usuário do serviço deve pagar diretamente ao prestador, vale dizer, o valor a que o prestador faz jus, pelos serviços que presta. Essa é a receita auferida pela prestação do serviço - a receita bruta, que incorpora-se ao patrimônio do prestador, distinguindo-se, portanto, das somas pertencentes a terceiros, que não constituem fato gerador do tributo.

Impende distinguir essas despesas reembolsáveis, meras recuperações de valores despendidos em nome de terceiros - no caso, a título de salários e encargos -, dos custos ínsitos à prestação do serviço. Enquanto aquelas não integram a base de cálculo do ISS, esses, ao revés, por configurarem despesas com a própria atividade, não podem ser deduzidos para a apuração do resultado, sob pena de o preço do serviço deixar de ser a receita bruta a ele correspondente.

Para que se proceda à exclusão da despesa com remuneração de empregados e respectivos encargos da base de cálculo do ISS, há que se perquirir

a natureza das atividades desenvolvidas pela empresa prestadora de serviços. Isto porque as empresas agenciadoras de mão-de-obra em que o agenciador atua para o encontro das partes, quais sejam, o contratante da mão-de-obra e o trabalhador, que é recrutado pela prestadora na estrita medida das necessidades dos clientes, dos serviços que a eles prestam, e ainda, segundo as especificações deles recebidas, caracterizam-se pelo exercício de intermediação, sendo essa a sua atividade-fim.

Consectariamente, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária fosse prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, afastada estaria a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado - qualquer que fosse -, como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS. Essa a hipótese regulada pela Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Deveras, parece-me que o ponto nodal da presente controvérsia reside na definição da forma de tributação do ISS sobre a prestação de serviço de agenciamento de mão-de-obra temporária, fazendo-se mister, como pressuposto lógico dessa inferência, a perscrutação acerca do serviço efetivamente prestado pela empresa: se este configura mera intermediação na contratação de mão-de-obra, a qual é contratada pelo tomador dos serviços, de forma que cabe a este arcar com o valor dos encargos trabalhistas e sociais dos trabalhadores temporários ou agenciados; ou se a contratação é realizada pela própria empresa prestadora do trabalho temporário, cabendo-lhe, portanto, o referido ônus.

Isto porque, no primeiro caso, a base de cálculo do ISS seria a taxa de administração - que é o preço do serviço efetivamente prestado, enquanto que, na segunda hipótese, a base de cálculo recairia sobre o total da receita percebida, nela incluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores.

Nesse diapasão, o enquadramento legal tributário faz mister o exame das circunstâncias fáticas do trabalho prestado, delineadas pela instância ordinária, para que se possa concluir pela forma de tributação.

In casu, na própria petição inicial, a empresa recorrida procede ao seu enquadramento legal, *in verbis*:

“Como demonstra seu contrato social (documento anexo), a Impetrante tem como objetivo societário a locação de mão-de-obra temporária, na forma da Lei n. 6.019/74.

Em contraprestação a essa terceirização, conforme cópia exemplificativa de contrato em anexo (documento anexo), as empresas contratantes ou tomadoras de seus serviços realizam o pagamento da remuneração do trabalhador terceirizado e o pagamento do spread da Impetrante, qual seja, a chamada taxa de administração, conforme cópia exemplificativa de nota fiscal em anexo (documento anexo).

Entretanto, por inconveniência contábil e exigência ilegal do Fisco, está "autorizada" a somente emitir uma nota fiscal para receber os seus serviços, onde a taxa de administração, despesas e remuneração do terceirizado são pagas de forma conjunta."

O Tribunal *a quo*, a seu turno, assentou que:

"Para melhor esclarecer a questão faz-se necessário definir a relação jurídica e as partes envolvidas.

11. Verifica-se, pois, que existe a empresa tomadora do serviço de mão-de-obra, a empresa prestadora/agenciadora do serviço de mão-de-obra e o trabalhador que irá prestar o serviço.

12. Em decorrência disso, existe também um contrato entre a empresa tomadora do serviço e a empresa agenciadora, bem como entre a empresa agenciadora e o trabalhador. Nesse sentido, a empresa agenciadora, no caso a apelada, irá determinar ao trabalhador que execute um determinado trabalho, sendo que ele será remunerado pela execução da tarefa. Dessa forma, a empresa agenciadora de mão-de-obra recebe a taxa de administração e o reembolso do valor concernente à remuneração do trabalhador, da empresa tomadora do serviço.

13. Assim, o único serviço que a empresa agenciadora de mão-de-obra presta é o de indicar uma pessoa (trabalhador) para a execução do trabalho e a remuneração bruta é o pagamento que recebe (taxa de administração)."

Com efeito, verifica-se que o Tribunal incorreu em inegável equívoco hermenêutico, porquanto atribuiu, à empresa agenciadora de mão-de-obra temporária regida pela Lei 6.019/74, a condição de intermediadora de mão-de-obra, quando a referida lei estabelece, *in verbis*:

*"Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, **por elas remunerados e assistidos.***

(...)

*Art. 11 - **O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente** será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.*

(...)

Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a **apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador**, bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

(...)

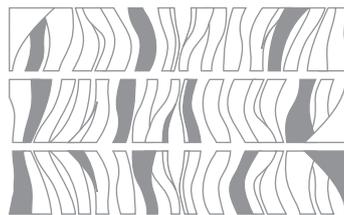
Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as **empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.**”

Deveras, a empresa recorrida encarta prestações de serviços tendentes ao pagamento de salários, previdência social e demais encargos trabalhistas, sendo, portanto, devida a incidência do ISS sobre a prestação de serviços, e não apenas sobre a taxa de agenciamento.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL do Município, reconhecendo a incidência do ISS sobre a taxa de agenciamento e as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores contratados pelas prestadoras de serviços de fornecimento de mão-de-obra temporária (Lei 6.019/74).

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.



Súmula n. 525

SÚMULA N. 525

A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

Referência:

CPC, arts. 7º e 543-C.

Precedentes:

(*)REsp	1.164.017-PI	(1ª S, 24.03.2010 – DJe 06.04.2010) – acórdão publicado na íntegra
REsp	438.651-MG	(1ª T, 27.08.2002 – DJ 04.11.2002)
REsp	696.561-RN	(1ª T, 06.10.2005 – DJ 24.10.2005)
REsp	946.676-CE	(1ª T, 23.10.2007 – DJ 19.11.2007)
REsp	1.109.840-AL	(1ª T, 02.06.2009 – DJe 17.06.2009)
AgRg no AREsp	44.971-GO	(1ª T, 22.05.2012 – DJe 05.06.2012)
AgRg no REsp	1.404.141-PE	(1ª T, 12.08.2014 – DJe 18.08.2014)
REsp	649.824-RN	(2ª T, 28.03.2006 – DJ 30.05.2006)
REsp	730.976-AL	(2ª T, 12.08.2008 – DJe 02.09.2008)
REsp	1.184.497-PI	(2ª T, 20.04.2010 – DJe 03.05.2010)
REsp	839.219-SE	(2ª T, 11.05.2010 – DJe 31.05.2010)
AgRg no REsp	1.277.828-AM	(2ª T, 15.03.2012 – DJe 22.03.2012)
REsp	1.429.322-AL	(2ª T, 20.02.2014 – DJe 28.02.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 22.4.2015

DJe 27.4.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.164.017-PI (2009/0213764-4)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e outro(s)

Recorrido: Câmara Municipal do Município de Lagoa do Piauí

Advogado: Antônio Ribeiro Soares Filho e outro(s)

Interes.: União

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA A VEREADORES. AÇÃO ORDINÁRIA INIBITÓRIA DE COBRANÇA PROPOSTA CONTRA A UNIÃO E O INSS. ILEGITIMIDADE ATIVA DA CÂMARA DE VEREADORES.

1. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

2. Para se aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para se concluir se está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais.

3. No caso, a Câmara de Vereadores do Município de Lagoa do Piauí/PI ajuizou ação ordinária inibitória com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional e o INSS, objetivando afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os vencimentos pagos aos próprios vereadores.

4. Não se trata, portanto, de defesa de prerrogativa institucional, mas de pretensão de cunho patrimonial.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 6.4.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado exclusivamente na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição da República e interposto contra acórdão do TRF da 1ª Região, segundo o qual a Câmara de Vereadores detém legitimidade ativa *ad causam* para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento de vereadores.

A Fazenda Nacional aponta violação dos arts. 7º e 267, VI, ambos do Código de Processo Civil - CPC. Argumenta que a Câmara de Vereadores ostenta somente capacidade processual para estar em juízo na defesa de direito próprio ou de suas prerrogativas e que a legitimidade para discutir a incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos vereadores é do Município.

Não foram ofertadas contrarrazões.

Admitido o especial na origem como representativo de controvérsia (e-STJ fls. 219-220), subiram os autos a esta Corte.

Diante da multiplicidade de recursos sobre esse assunto, admiti o processamento do feito como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Wallace de Oliveira Bastos, opina pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 229-236).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Cinge-se a discussão em saber se a Câmara de Vereadores detém legitimidade ativa para discutir a incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos próprios vereadores.

O acórdão recorrido afirmou a legitimação da câmara municipal para figurar no polo ativo da lide quando “afetado o orçamento do órgão legislativo municipal pela incidência de contribuição previdenciária instituída pelo § 1º do artigo 13 da Lei n. 9.506/1997” (e-STJ fl. 195).

A Fazenda Nacional contraria a tese afirmada no aresto sob a alegação de que viola o disposto nos arts. 7º e 267, VI, ambos do CPC. Defende a extinção do feito sem resolução de mérito, dada a flagrante ilegitimidade ativa para a causa.

Embora não tenham sido expressamente mencionados pelo acórdão recorrido, está prequestionada, ainda que implicitamente, a tese da recorrente, pois os dispositivos que aponta como violados tratam, justamente, da legitimação ativa para a causa e da extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de uma das condições da ação, *verbis*:

Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Conhecido o apelo, passo ao exame de mérito.

A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como aqueles relacionados ao seu funcionamento, autonomia e independência.

Para se aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para se concluir se está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais. Nessa linha, todo e qualquer ato, bem assim decisão judicial que importe em obstruir o exercício das funções constitucionais inerentes ao Poder Legislativo, autoriza seus órgãos, mesmo sem ter ele personalidade jurídica própria, a defender-se judicialmente.

No caso, a Câmara de Vereadores do Município de Lagoa do Piauí/PI ajuizou ação ordinária inibitória com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional e o INSS, objetivando afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os vencimentos pagos aos vereadores.

À toda evidência, não se trata de defesa de prerrogativa institucional nem de funções inerentes ao órgão legislativo, mas de pretensão de cunho patrimonial, para tanto não se legitimando ativamente a Câmara Municipal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte, nos quais ficou assentado que as casas legislativas não detêm legitimidade para integrar o polo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes de mandato eletivo no Município.

SEGUNDA TURMA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DA CÂMARA DE VEREADORES. INEXISTÊNCIA.

1. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

2. Referido ente não detém legitimidade para integrar o pólo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes de mandato eletivo no Município. Precedentes.

3. Recurso especial provido. (REsp 730.976/AL, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 02.09.08)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. DEFESA JUDICIAL DE ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA. PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DA CÂMARA DE VEREADORES.

1. A regra geral é a de que só os entes personalizados, com capacidade jurídica, têm capacidade de estar em juízo, na defesa dos seus direitos.

2. Criação doutrinária acolhida pela jurisprudência no sentido de admitir que órgãos sem personalidade jurídica possam em juízo defender interesses e direitos próprios, excepcionalmente, para manutenção, preservação, autonomia e independência das atividades do órgão em face de outro Poder.

3. Hipótese em que a Câmara de Vereadores pretende não recolher contribuição previdenciária dos salários pagos aos Vereadores, por entender inconstitucional a cobrança.

4. Impertinência da situação excepcional, porque não configurada a hipótese de defesa de interesses e prerrogativas funcionais.

5. Recurso especial improvido. (REsp 649.824/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 30.05.06)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCENTRALIZAÇÃO DO ENSINO. ESCOLAS ESTADUAIS. MUNICIPALIZAÇÃO. INÉRCIA DO EXECUTIVO. IMPETRAÇÃO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL. PRECEDENTES.

1. O Município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores personalidade judiciária (capacidade processual) para a defesa dos seus interesses e prerrogativas institucionais. Afetados os direitos do Município e inerte o Poder Executivo, no caso concreto (municipalização de escolas estaduais), influido os denominados direitos-função (impondo deveres), não há negar a manifestação de direito subjetivo público, legitimando-se a Câmara Municipal para impetrar mandado de segurança.

2. Recurso ordinário conhecido e provido. (RMS 12.068/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 11.11.02)

PRIMEIRA TURMA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE SUBSÍDIOS DE AGENTES POLÍTICOS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CÂMARA MUNICIPAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se originariamente de mandado de segurança proposto pela Câmara Municipal de Barra de São Miguel/AL contra o INSS objetivando a declaração de inexigibilidade de contribuição previdenciária sobre os subsídios dos agentes políticos municipais.

2. Entendimento deste Tribunal de que as câmaras municipais possuem capacidade processual limitada à defesa de seus direitos institucionais, ou seja, aqueles vinculados à sua independência, autonomia e funcionamento.

3. Por versar a presente demanda sobre a exigibilidade de contribuição previdenciária dos agentes políticos municipais, a Câmara recorrida é parte ilegítima ativa ad causam.

4. Nesse sentido, a linha de pensar de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ:

- A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

- Referido ente não detém legitimidade para integrar o pólo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes de mandato eletivo no Município. Precedentes. (REsp 730.979/AL, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 2/9/2008).

- A despeito de sua capacidade processual para postular direito próprio (atos *interna corporis*) ou para defesa de suas prerrogativas, a Câmara de Vereadores não possui legitimidade para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos exercentes de mandato eletivo, uma vez que desprovida de personalidade jurídica, cabendo ao Município figurar no pólo ativo da referida demanda (REsp 696.561/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/10/2005).

5. Recurso especial provido. (REsp 1.109.840/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 17.06.09)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VEREADORES. CÂMARA MUNICIPAL. PERSONALIDADE JURÍDICA E JUDICIAL. INSTITUTOS DISTINTOS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de ação rescisória movida pela Câmara Municipal de Senador Sá/CE objetivando a desconstituição de acórdão em que foi reconhecida a legalidade e constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o subsídio percebido por agentes políticos. O TRF da 5ª Região (fls. 119/131), por unanimidade, julgou procedente a ação, por entender que: a) é cabível a ação rescisória, ainda que ausente a indicação do dispositivo legal violado, por restar claro na exordial que a pretensão autoral é a desconstituição de julgado com base em pronunciamento do STF que declarou a inconstitucionalidade da exação discutida; b) há inúmeros precedentes deste Tribunal Regional que reconhecem a legitimidade das Câmaras Municipais em ações deste jaez; c) no mérito, desconstituir o acórdão a teor da manifestação da Corte Suprema no Recurso Extraordinário n. 351.717-1. Na via especial, o INSS sustenta, em síntese, que em hipóteses semelhantes, há pronunciamento deste STJ favorável a sua tese, no sentido da declaração de ilegitimidade da Câmara Municipal para defender a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre a remuneração de agentes políticos.

2. A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça possui entendimento pacífico e uníssono no sentido de que:

- em nossa organização jurídica, as Câmaras Municipais não têm personalidade jurídica. Tem elas, apenas, personalidade judiciária, cuja capacidade processual é limitada para demandar em juízo, com o intuito único de defender direitos institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento;

- é do Município a legitimidade, e não da Câmara de Vereadores, para figurar no pólo ativo da ação ajuizada, *in casu*, com o fito de que sejam devolvidas as importâncias pagas a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, no que toca às remunerações dos ocupantes de cargos eletivos (vereadores), assim como que não sejam feitas novas cobranças para o recolhimento no pagamento dos agentes políticos referenciados;

- a relação processual se estabelece entre os ocupantes dos cargos eletivos e o Município;

- a ação movida pela Câmara Municipal é carente de condição processual para prosseguir, ante a sua absoluta ilegitimidade ativa.

3. Precedentes mais recentes: REsp 649.824/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30/05/2006 e REsp 696.561/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/10/2005.

4. Recurso especial provido" (REsp 946.676/CE, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.11.07);

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE VEREADORES. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELA CÂMARA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

1. Mandado de segurança preventivo impetrado pela Câmara Municipal de Martins - RN, objetivando a abstenção de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios pagos mensalmente aos vereadores do Município.

2. A despeito de sua capacidade processual para postular direito próprio (atos *interna corporis*) ou para defesa de suas prerrogativas, a Câmara de Vereadores não possui legitimidade para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos exercentes de mandato eletivo, uma vez que desprovida de personalidade jurídica, cabendo ao Município figurar no pólo ativo da referida demanda.

3. Precedentes desta Corte: REsp 438.651/MG, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 04.11.2002; e REsp 199.885/PR, Relator Ministro GARCIA VIEIRA, DJ de 07.06.1999.

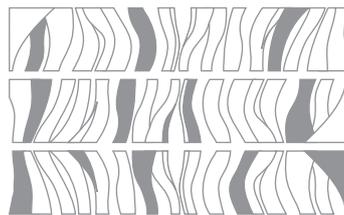
4. Recurso especial provido (REsp 696.561/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 24.10.05).

No mesmo sentido: REsp 438.651/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 04.11.02; RMS 11.499/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 02.04.01; RMS 10.339/PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 1º.08.00; REsp 241.637/BA, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 20.03.00.

Assim, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, deve ser reconhecida a ilegitimidade ativa da Câmara de Vereadores do Município de Lagoa do Piauí/PI para postular provimento judicial que iniba a União e o INSS de cobrar a contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos vereadores municipais. Por consequência, deve ser extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Ritos, dispositivo que a Fazenda Nacional apontou como violado em seu recurso.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.



Súmula n. 526

SÚMULA N. 526

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 7.210/1984, arts. 52, *caput*, e 118, I.

Precedentes:

(*)REsp	1.336.561-RS	(3ª S, 25.09.2013 – DJe 1º.04.2014) – acórdão publicado na íntegra
HC	279.858-RS	(5ª T, 11.02.2014 – DJe 28.02.2014)
HC	237.735-SP	(5ª T, 11.03.2014 – DJe 19.03.2014)
HC	276.201-RS	(5ª T, 11.03.2014 – DJe 19.03.2014)
AgRg no AREsp	469.065-AC	(5ª T, 16.10.2014 – DJe 28.10.2014)
HC	296.764-RS	(5ª T, 18.12.2014 – DJe 04.02.2015)
HC	262.572-RS	(6ª T, 12.11.2013 – DJe 28.11.2013)
HC	281.583-SP	(6ª T, 25.03.2014 – DJe 11.04.2014)
HC	276.214-RS	(6ª T, 04.09.2014 – DJe 23.09.2014)
HC	286.731-RS	(6ª T, 04.11.2014 – DJe 18.11.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.336.561-RS (2012/0160960-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Deivide Sarote

Advogado: Carlos Frederico Barcellos Guazzelli - Defensor Público e outros

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE.

1. O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

2. Recurso especial representativo de controvérsia provido para afastar a nulidade proclamada e reconhecer a prática de falta grave independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: Retomado o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acompanhando em parte o voto da Ministra Relatora, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães e, após declararem-se aptos a votar, pelos Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Rogerio Schietti Cruz, a Terceira Seção, por maioria, deu

provimento ao recurso especial para afastar a nulidade proclamada e reconhecer a prática de falta grave independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que prossiga no exame do agravo em execução quanto à perda dos dias remidos e à alteração da data-base, nos termos do voto da Sra. Maria Thereza de Assis Moura, relatora para acórdão.

Vencida, parcialmente, a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), que conhecia parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dava-lhe provimento para, cassando o acórdão hostilizado, reconhecer a prática de falta grave pelo Recorrido, nos termos explicitados no voto. Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora para acórdão) os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Rogerio Schietti Cruz.

Vencida, parcialmente, a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora).

Declararam-se aptos a votar os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Rogerio Schietti Cruz.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 1º.4.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa, que restou ementada nos seguintes termos, *litteris*:

“Execução penal. Faltas graves afastadas: (a) situação fática que não se subsume ao tipo do art. 50, I, da LEP; e (b) apenas a condenação com trânsito em julgado faz

presente a 'prática de crime doloso', pena de agredir o princípio da presunção de inocência.

Nulidades do PAD decretadas.

Deram integral provimento ao agravo defensivo (por maioria)." (Fl. 98)

Em face dessa decisão, foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados.

O Recorrente alega, nas presentes razões, que o acórdão impugnado teria ofendido o disposto nos arts. 59 e 118, § 2.º, da Lei n. 7.210/84, bem como teria negado vigência ao art. 563 do Código de Processo Penal.

Aduz que "[...] tendo havido procedimento judicial apto a apurar a falta grave cometida e sendo assegurado ao apenado o contraditório e a ampla defesa, tem-se que o órgão fracionário, ao decretar a nulidade do PAD por suposta irregularidade quanto à notificação do apenado e sua oitiva na esfera administrativa, sem a demonstração de qualquer prejuízo, contrariou (sic) negou vigência ao artigo 563 do Código de Processo penal, que exige a demonstração de prejuízo para declarar a nulidade de atos processuais penais" (fl. 153).

Sustenta, ainda, que "[...] a falta grave cometida pelo apenado – prática de crime doloso – não precisa de sentença condenatória para ser punida no âmbito administrativo, pois decorre de expressa previsão na Lei de Execução Penal e alcança as condutas de forma autônoma e independentemente de possível tipificação penal" (fl. 154).

Aduz que, "[...] embora notificado de data diversa daquela a qual foi realizada a audiência, bem como tenha ele efetivamente sido assistido pela Assessora da casa prisional, é certo que o recorrido foi notificado e ouvido a respeito da imputação no âmbito administrativo, oportunidade em que foi assistido por advogada, a qual participou ativamente de sua defesa (fl. 20). De todo modo, ele foi posteriormente ouvido também na esfera judicial, desta vez assistido por Defensor Público" (fl. 151).

Requer, desse modo, a reforma do acórdão hostilizado para que seja afastada a nulidade nele proclamada, reconhecendo-se a prática de falta grave pelo Recorrido, com os consectários legais relativos à regressão de regime, à perda dos dias remidos e à fixação de nova data-base.

Contrarrazões às fls. 177/182.

Às fls. 192/194, o recurso especial foi admitido pelo 2º Vice-Presidente do Tribunal de origem, para processamento nos termos do art. 543-C, § 6º, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 243/250, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, a exposição da suposta contrariedade a dispositivo legal e o prequestionamento da matéria.

Passo à análise do mérito.

O voto-condutor do acórdão impugnado encontra-se fundamentado nos seguintes termos, *ad litteram*:

“Com a devida vênia da colega Relatora, estou a prover o recurso defensivo.

Ao apenado imputou-se a prática de faltas graves previstas no art. 50, I (‘incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina’), assim como do art. 52 (‘A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave’), ambos da LEP. Diz o termo de ocorrência que teria o apenado ‘com um grupo de apenados agredido com soco e pontapés o apenado Juarez Freitas Filho, não sendo possível identificar todos os agressores’ (fl. 25).

Em primeiro, já pela descrição do fato, vê-se que a situação fática não se subsume ao tipo legal do art. 50, I, da LEP, na medida em que a ocorrência na casa prisional ocorreu apenas entre alguns apenados - vê-se que a imputação alcança dois apenados - e não de forma generalizada.

No dizer de Mirabete, ‘o movimento a que se refere a lei pode constituir o crime de motim de presos (art. 354 do CP) ou mesmo uma resistência ou desobediência coletiva, ativa ou passiva, contra as ordens expressas dos funcionários ou regulamentares ou dos regulamentos’ (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 142). Ou seja, o ‘movimento’ deve ser algo coletivo, o que não ocorreu na espécie.

Logo, a imputação não se subsume ao tipo penal.

Em segundo, no que concerne ao art. 52 da LEP - lesões corporais -, a Câmara pacificou entendimento no sentido de que apenas a condenação com trânsito em julgado faz presente a ‘prática de crime doloso’, pena de agredir o princípio da presunção de inocência:

[...]

Assim, ausente trânsito em julgado, falta grave não há.

Por outro lado, tem-se que o PAD n. 024/2009/CDO/PMEU está eivado de nulidade. E a decretação da nulidade do procedimento administrativo disciplinar é imperativa, na medida em que, ante a alteração promovida pelo Decreto n. 47.594/10, somente está dispensado o procedimento administrativo disciplinar quando a falta disciplinar for fuga, desde que tudo seja apurado em juízo. É que foi acrescentado o inciso III ao art. 22, in verbis: 'nas hipóteses das faltas disciplinares previstas no artigo 11, incisos II e VIII, cumpridas as determinações dos artigos 20 e 21 todos deste RDP, o Diretor/Administrador comunicará ao juízo da Vara de Execuções Criminais para que proceda a oitiva do apenado na forma do artigo 118, § 2, da LEP, prejudicando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplina'.

Ou seja, as demais faltas disciplinares ainda demandam o PAD, como ocorre na espécie. Desta forma, imperativo o reconhecimento de nulidades a fulminarem o procedimento:

(a) a garantia da ampla defesa exige que a defesa seja realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da OAB.

[...]

Na espécie, o apenado foi assistido por funcionária do 'Setor Jurídico da PMEU', isto é, funcionária da SUSEPE e inscrita nos quadros da OAB. No entanto, embora devidamente inscrita na OAB, tenho que, por ser funcionária da administração prisional, não poderia atuar na condição de defensora do apenado.

[...]

Portanto, nulo está o PAD!

(b) a notificação foi realizada para audiência designada para o dia 25/05/2009 (fl. 32). Contudo, os atos foram realizados em datas diversas, quais sejam, 27/05/2009, 10/06/2009, 15/06/2009, 22/06/2009, 07/07/2009 e 29/07/2009 (fls. 35/36; 37; 38; 39; 41 e 42).

Neste aspecto, desde meu olhar, reside outra nulidade, ao se realizarem os atos em datas diversas daquelas para as quais o apenado foi intimado: agressão ao contraditório e à ampla defesa. Ora, a realização do ato em data diversa faz presente um autêntico processo kafkaniano, em que tudo se dá às escondidas, ao arrepio daquele que é processado, criando uma contenda radicalmente polarizada e marcada pela surpresa.

Enfim, por todas razões acima expostas, as faltas graves devem ser afastadas.

Com essas considerações, dou integral provimento ao agravo para afastar as faltas graves, com o conseqüente restabelecimento dos dias remidos e da data-base." (Fls. 108/113; grifos no original.)

E, no julgamento dos embargos declaratórios opostos, consignou-se, *in verbis*:

"[...]"

Ao mais, se a nulidade tem caráter absoluto, deve ser declarada de ofício e não há falar em prejuízo - o óbvio, que deve(ria) ser de conhecimento de todos operadores jurídicos.

Além disso, a realização de audiência (judicial) de justificação não supre qualquer irregularidade do PAD, na medida em que este é imprescindível ao reconhecimento da falta disciplinar em debate, consoante dispõe o art. 59 da LEP - aliás, ousou recomendar, vez mais, a leitura do voto.

Enfim, se a parte discorda destes entendimentos, ao invés de invocar fundamentos que levam a um reexame da matéria totalmente descabido, contribuindo para o tardar da prestação jurisdicional, deve buscar sua reforma perante a instância adequada e através dos meios adequados.

[...]” (Fls. 136/137; grifos no original)

Como se vê, o Tribunal de origem afastou as faltas graves imputadas ao ora Recorrido e as consequências advindas de seu reconhecimento pelos seguintes motivos:

i) a situação fática não se subsume ao inciso I do art. 50 da Lei de Execuções Penais, já que não houve “movimento” de subversão da ordem, mas sim uma ocorrência de conflito particular entre alguns apenados;

ii) quanto ao art. 52 da Lei n. 7.210/84, é indispensável o trânsito em julgado da condenação pela prática de crime doloso para que se tenha por configurada a falta grave;

iii) desde a edição do Decreto n. 47.594/2010, é indispensável, para o reconhecimento da prática de falta grave (à exceção da hipótese de fuga), a existência de Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD;

iv) no caso, o Apenado, ora Recorrido, teria sido defendido por advogada regularmente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, porém que exerce o cargo de funcionária da SUSEPE;

v) embora o Apenado tenha sido notificado para a audiência de justificação, os atos foram realizados em datas diversas daquelas constantes da notificação; e

vi) as nulidades absolutas prescindem de demonstração do prejuízo.

Nas razões do recurso especial, constata-se, inicialmente, que não restou impugnado o fundamento do acórdão de que a situação fática dos autos não se adequaria à hipótese prevista no inciso I do art. 50 da Lei de Execuções Penais. Incide nesse particular, por analogia, o disposto no enunciado n. 283 da Súmula da Suprema Corte, *in verbis*:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Noutra vertente, observa-se que o Tribunal de origem afastou a falta grave cometida pelo Recorrido, porquanto o reconhecimento da referida falta só poderia ocorrer mediante Procedimento Administrativo Disciplinar no qual o Apenado fosse assistido por profissional devidamente inscrito nos quadros da OAB e desde que o referido advogado não trabalhasse na administração prisional.

Todavia, a jurisprudência majoritária deste Superior Tribunal de Justiça tem se direcionado no sentido de que o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade da instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da falta grave, sendo suficiente, para tanto, a realização de audiência de justificação que possibilite a oitiva prévia do Sentenciado, garantindo-se, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES ATUAIS NO ÂMBITO DA 5ª E 6ª TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. DEFESA FEITA POR ASSESSORIA JURÍDICA DO ÓRGÃO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Estando a decisão monocrática em consonância com os atuais julgados desta Quinta Turma e Sexta Turma deste Sodalício Superior, possível, ao teor do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, sua prolação monocraticamente, sem que se possa falar em violação ao princípio da colegialidade.

2. O art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, não impõe a obrigatoriedade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da referida infração, mas somente exige a realização de audiência de justificação que possibilite a oitiva prévia do sentenciado, garantindo-se, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. Isso porque, se a não realização do Procedimento Administrativo Disciplinar não gera nulidade à apuração da infração, tampouco a ausência de defesa técnica, quando o Apenado, no processo administrativo, foi acompanhado por Assistente Jurídico, foi ouvido pela Autoridade e apresentou defesa escrita, irá macular de vícios o processo de apuração da falta grave, sendo exatamente essa a hipótese dos autos.

4. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no AG 1.413.561/RS, 5ª Turma, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Desembargador convocado do TJ/PR), DJe de 22/02/2013; sem grifo no original.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. NULIDADE FORMAL DO PAD. REINÍCIO DA CONTAGEM DOS PRAZOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME.

1. *No caso, aponta-se nulidade no PAD que apurou a prática de falta disciplinar de natureza grave, uma vez que o paciente teria sido cientificado das acusações no dia em que realizada a audiência de instrução e julgamento do aludido processo administrativo, contrariando as disposições do art. 23, I, do Regimento Disciplinar Penitenciário, que preconiza o prazo de no mínimo três dias entre a cientificação e a realização da audiência.*

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a Lei de Execução Penal exige apenas a realização de audiência de justificação, em que garantido ao reeducando o exercício do contraditório e da ampla defesa. Tornando prescindível, portanto, a instauração de processo administrativo disciplinar, que constituiria, nesse contexto, peça meramente informativa.

3. *Consoante entendimento pacificado nesta Corte, a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime. Assim, a data-base para a contagem do novo período aquisitivo é a do cometimento da última infração disciplinar grave, computado do período restante da pena a ser cumprida.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 204.078/RS, 6ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 29/04/2013; sem grifo no original.)

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NULIDADE DO PAD. INEXISTÊNCIA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.176.486/SP. NOVO MARCO: DATA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. ‘A jurisprudência desta Corte, interpretando o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, consolidou-se no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando que seja realizada audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório. Precedentes’ (HC 200.458/RS, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 17/11/2011.)

2. *A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.*

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (REsp 1.176.486/SP, 3ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 204.814/RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/03/2013; sem grifo no original.)

Na hipótese, entretanto, verifica-se que a nulidade apontada pela Corte de origem não ocorreu, pois, além de ter sido acompanhado, no Procedimento Administrativo Disciplinar, por advogada integrante dos quadros da OAB, o Apenado foi ouvido em juízo, na presença de Defensor Público.

Confira-se, por oportuno, o seguinte trecho da decisão de primeiro grau, *in verbis*:

"[...]

Ouvindo em juízo, o apenado negou sua participação na briga. Afirma não ter agredido o apenado Juarez Filho, que não se envolveu na briga, e que inclusive se dá com o referido apenado." (Fl. 57; sem grifo no original.)

Ademais, se o Sentenciado foi devidamente ouvido em audiência de justificação, não há falar em prejuízo decorrente da divergência entre a data constante da notificação e aquela em que houve a efetiva realização do ato, porquanto cumprida a finalidade do instrumento notificadorio.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA QUANDO OUVIDO O PACIENTE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEFICIÊNCIA SUPRIDA PELA OITIVA EM JUÍZO COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. 1. Procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave no qual o Paciente foi ouvido sem a assistência da defesa técnica. Oitiva realizada no juízo das execuções com a presença de defensor público que supre essa deficiência. Precedente. 2. Ordem denegada." (STF, HC 109.536/RS, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 15/06/2012.)

"Recurso ordinário em habeas corpus. Falta grave. Fuga. **Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática da falta de natureza grave por ausência de procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade**

suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo, devidamente assistido por um defensor e na presença do Ministério Público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 e 244 do CPC). Aplicabilidade. Recurso ao qual se nega provimento. Reconhecimento da falta grave que implicou na perda integral dos dias remidos. Impossibilidade. Revogação do tempo a ser remido limitado ao patamar máximo de 1/3 (um terço). Lei n. 12.433/11. Novatio legis in mellius. Possibilidade de retroagir para beneficiar o paciente. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. 1. Ao contrário do que afirma a recorrente, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (PAD nº 017/2009), o qual não foi homologado pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de Novo Hamburgo/RS, que entendeu que a defesa do apenado deveria ser feita por advogado habilitado. 2. No entanto, essa irregularidade foi suprida pela repetição do procedimento em juízo, quando foi feita a oitiva do paciente, devidamente acompanhado de seu defensor e na presença do Ministério Público estadual. Portanto, não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa no ato que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente. 3. Aquele juízo na audiência de justificação, ao não potencializar a forma pela forma, que resultaria na pretendida nulidade do PAD pela defesa, andou na melhor trilha processual, pois entendeu que aquele ato solene teria alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo em questão. Cuida-se, na espécie, do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial (art. 154 do CPC) e, ainda que a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá, mesmo que realizado de outro modo, considerá-lo hígido quando tenha alcançado sua finalidade essencial (art. 244 do CPC). 4. Recurso ao qual se nega provimento. 5. Caso de concessão de habeas corpus de ofício, pois o reconhecimento da prática de falta grave pelo paciente implicou na perda integral dos dias a serem remidos de sua pena, o que, à luz do novo ordenamento jurídico, não mais é permitido. 6. A nova redação conferida pela Lei n. 12.433/11 ao art. 127 da Lei de Execução Penal, limita ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido. 7. Por se tratar de uma novatio legis in mellius, nada impede que ela retroaja para beneficiar o paciente no caso concreto. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa. 8. Ordem de habeas corpus concedida de ofício." (STF, RHC 109.847/DF, 1ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 06/12/2011; sem grifo no original.)

Por fim, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é uníssona ao afirmar ser prescindível o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

para a aplicação das sanções disciplinares cabíveis em função do cometimento de crime doloso no decorrer da execução penal. Em verdade, para a configuração da falta grave, a lei exige, apenas, a ocorrência do delito, fato que foi comprovado nas instâncias ordinárias.

Nesse sentido:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE (CRIME DOLOSO). AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 52 DA LEI 7.210/84. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL, PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEP PRESCINDE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO RELATIVO AO NOVO DELITO COMETIDO. PERDA TOTAL DOS DIAS REMIDOS. ADVENTO DA LEI 12.433, DE 29 DE JUNHO DE 2011. LIMITAÇÃO A 1/3. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de habeas corpus impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional.

2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. A prática de crime doloso no curso da execução da pena caracteriza falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execuções Penais, sendo indiferente o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo.

4. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda de até 1/3 dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena.

5. A nova redação do artigo 127 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei 12.433/2012, constitui norma penal mais benéfica, contendo regra que deve retroagir, em obediência ao art. 5º, XL, da Constituição Federal.

6. Writ não conhecido.

7. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, determinando a dedução dos dias remidos em 1/3, conforme dispõe o art. 127 da LEP” (HC 207.500/RS, 6ª Turma, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora convocada do TJ/PE), DJe de 09/05/2013; sem grifo no original.)

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL.

MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO NO CURSO DA EXECUÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. FALTA GRAVE CONFIGURADA. 4. FALTA GRAVE QUE DEVE INTERROMPER APENAS O LAPSO PARA A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. O cometimento, pelo apenado, de crime doloso no curso da execução, caracteriza falta grave, nos termos do disposto no art. 52 da Lei de Execução Penal, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo, sendo certo, ademais, que a mencionada legislação não exige, igualmente, o trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, bastando, para tanto, que o condenado tenha cometido fato definido como crime doloso (art. 118, I, da LEP). Precedentes.

4. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.176.486, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência entre os entendimentos das duas Turmas que julgam a matéria criminal, a fim de considerar que a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional. Dessa forma, a falta disciplinar de natureza grave não interfere no lapso necessário à obtenção do livramento condicional ou à concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no próprio Decreto Presidencial.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de determinar que a falta grave praticada pelo paciente enseje apenas a interrupção do lapso para a concessão da progressão de regime." (HC 189.899/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 04/12/2012; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. IMPETRAÇÃO DESTE MANDAMUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. 'O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode

servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição' (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. **O incidente executório de configuração de falta grave, decorrente do cometimento de crime doloso, não sofre interferência da necessidade de condenação transitada em julgado, porquanto é de cunho administrativo e obedece aos mesmos parâmetros da ampla defesa e do contraditório exigidos no processo penal. Irrepreensível, portanto, o aresto que negou provimento ao recurso de agravo em execução.**

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 253.428/RS, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 16/11/2012; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. ANOTAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCINDIBILIDADE. REGRESSÃO E PERDA DOS DIAS REMIDOS. CABIMENTO. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Basta o cometimento do crime doloso para reconhecimento da falta grave, sendo prescindível o trânsito em julgado da condenação para a aplicação das sanções disciplinares. Precedentes.

2. O cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e a perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (REsp 1.176.486/SP, 3ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgamento concluído em 28/03/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Habeas corpus denegado." (HC 237.983/RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 13/08/2012; sem grifo no original.)

Diante das considerações transcritas, comporta provimento o recurso do Ministério Público, razão pela qual passo à análise dos efeitos do reconhecimento da falta grave praticada pelo Recorrido.

Este Tribunal Superior fixou entendimento no sentido de que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta a regressão do regime prisional e o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime. (REsp 1.176.486/SP, 3ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012).

No entanto, embora a prática de falta grave interrompa o prazo para obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão do livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal.

No mesmo sentido, aliás, é o que dispõe a Súmula n. 441 desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

“A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.”

Também quanto ao indulto, parcial ou total, não pode o cometimento de falta grave interromper a contagem do prazo para sua aquisição, se não houver expressa previsão no decreto concessivo da benesse, em obediência ao princípio da legalidade.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes julgados sobre o tema:

“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. COMUTAÇÃO. DECRETO PRESIDENCIAL N. 7.420/2010. RÉU REINCIDENTE. 1/3 DA PENA CUMPRIDO. FALTAS DISCIPLINARES GRAVES PRATICADAS HÁ MAIS DE DOZE MESES. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A comutação de 1/5 da pena remanescente, nos termos do Decreto Presidencial n. 7.420/2010, foi condicionada, no caso de réu reincidente - hipótese dos autos -, ao cumprimento de 1/3 da pena imposta, bem como à inexistência de falta disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, contados de 31/12/2010, data da publicação do Decreto.

II. Faltas graves cometidas pelo acusado antes desta data não impedem a obtenção da comutação de pena, não figurando como óbice ao preenchimento do requisito objetivo, nem do subjetivo, por estarem fora do período definido no Decreto Presidencial n. 7.420/2010.

III. Nos termos da jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte, a prática de falta grave não acarreta a interrupção do prazo para a obtenção de livramento condicional, nos termos da Súmula n. 441/STJ, de indulto e de comutação da pena, salvo se houver expressa previsão no Decreto Presidencial que concede o benefício.

IV. Deve ser cassado o acórdão recorrido, para que seja restabelecida a decisão do Juízo da 2ª Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente/SP, que concedeu ao paciente a comutação de 1/5 do remanescente de sua pena, nos termos do Decreto n. 7.420/2010.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC 230.654/SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 08/03/2012.)

Por fim, quanto à perda dos dias remidos, cumpre esclarecer que, a partir da edição da Lei n. 12.433/2011, o art. 127 da Lei de Execuções Penais passou a vigorar com a seguinte redação:

“Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomendo a contagem a partir da data da infração disciplinar.” (sem grifos no original)

Vê-se, portanto, que a referida penalidade passou a ter nova disciplina, não podendo mais a falta grave gerar a perda de todos os dias remidos, mas apenas até 1/3 (um terço) desse tempo, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o *quantum*, levando em conta “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, consoante o disposto no art. 57 da LEP.

E, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5º, inciso XL, da Constituição da República.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. NOVA REDAÇÃO DO ART. 127 DA LEP, DADA PELA LEI N. 12.433/2011.

1. Prevalece neste órgão fracionário, a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 123.451/RS, a orientação segundo a qual, por ausência de previsão legal, em caso de prática de falta grave, não há a interrupção do lapso necessário para a obtenção de benefícios da execução penal, inclusive, progressão de regime.

2. A partir da edição da Lei n. 12.433/2011, que modificou a redação dada ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda dos dias remidos, que antes poderia ocorrer em sua totalidade, ficou limitada ao patamar de 1/3 (um terço).

3. A redução se dará por forma proporcional à gravidade da falta, pois observado o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal.

4. A modificação da decisão primeva por este Superior Tribunal de Justiça implicaria indevida supressão de instância, cabendo ao Juízo das Execuções avaliar a fração aplicável à espécie, respeitando, o limite imposto na nova legislação.

5. Ordem concedida a fim de afastar a prática de falta grave como marco interruptivo da contagem dos prazos para obtenção de benefícios da execução e, de ofício, determinar ao Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro que examine a aplicação retroativa do art. 127 da Lei de Execução Penal ao caso concreto.” (HC 213.911/RS, 6ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 29/02/2012.)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE (FUGA). INTERRUÇÃO NA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INDULTO (PARCIAL OU TOTAL). INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO PELO CONDENADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI N. 7.210/84. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO, DE OFÍCIO, NESSE PONTO.

[...]

3. A partir da vigência da Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta 'a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão', consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execuções Penais.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a interrupção do lapso temporal para a concessão do indulto, parcial ou total, mantendo no mais o acórdão impugnado. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de, reformando a decisão de primeiro grau, na parte referente à perda total dos dias remidos, determinar o retorno dos autos ao Juízo de Execuções Penais, para que se complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais." (HC 220.765/RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 19/12/2011.)

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO para, cassando o acórdão hostilizado, reconhecer a prática de falta grave pelo Recorrido, determinando, por conseguinte: *i*) a interrupção da contagem do prazo necessário à concessão da progressão de regime, na data do cometimento da falta grave; e *ii*) o retorno dos autos ao Juízo das Execuções, a fim de que estabeleça novo patamar da remição, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais.

É como voto.



VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça Estadual assim ementado:

Execução penal. Faltas graves afastadas: (a) situação fática que não se subsume ao tipo do art. 50, I, da LEP; e (b) apenas a condenação com trânsito em julgado faz presente a “prática de crime doloso”, pena de agredir o princípio da presunção de inocência. Nulidades do PAD decretadas. Deram integral provimento ao agravo defensivo (por maioria).

Sustenta o recorrente violação dos artigos 59 e 118, parágrafo 2º, da Lei n. 7.210/84 e negativa de vigência ao artigo 563 do Código de Processo Penal ao argumento de que não houve nulidade qualquer no processo administrativo por violação ao contraditório.

Aduz, para tanto, que o recorrido foi assistido por advogada que participou ativamente de sua defesa, que foi posteriormente ouvido também na esfera judicial, tendo sido assistido por defensor público e que, embora em data diversa, a audiência foi realizada, não tendo havido, ademais, qualquer prejuízo à defesa, até porque seria mesmo dispensável a instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

Aduz, outrossim, violação do artigo 52, *caput*, da Lei n. 7.210/84 ao argumento de que o reconhecimento administrativo da falta grave prescinde do trânsito em julgado no processo penal uma vez que a lei não se refere à condenação mas, sim, à prática de fato previsto como crime.

As contrarrazões foram apresentadas e o Tribunal de origem *admitiu o recurso como representativo, para que seja solucionada a controvérsia relativa à “necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o reconhecimento da falta grave quando cometido fato definido como crime doloso no curso da execução da pena.”*

Encaminhado a esta Corte, o recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, em decisão assim ementada:

RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. FALTA GRAVE. DISCUSSÃO ACERCA DA NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO N. 08 DESTA CORTE.

Na sessão do dia 28/8/2013, após o voto da Ministra Relatora, que conhecia parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dava-lhe provimento para, cassando o acórdão hostilizado, reconhecer a prática de falta grave, pedi vista dos autos para analisar a questão.

De início, tenho que não é hipótese de incidência do enunciado nº 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal uma vez que não há fundamento alternativo não impugnado *relativamente a uma mesma questão*.

De fato, colhe-se dos autos que o recorrido respondeu a processo administrativo pela prática de duas faltas disciplinares, quais sejam, art. 50, I (“incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou à disciplina”), e art. 52 (“A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave”), ambos da LEP.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, afastou a falta disciplinar do artigo 50, I por atipicidade e, ainda, a falta disciplinar do artigo 52, esta última por considerar imprescindível o trânsito em julgado da sentença penal condenatória no caso de fato previsto como crime e por considerar nulo o Processo Administrativo Disciplinar em virtude de violação à ampla defesa.

Daí, foi interposto o presente recurso especial fundado, em suma, na desnecessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o reconhecimento da falta grave e, também, na inexistência de nulidade qualquer no Processo Administrativo Disciplinar por violação da ampla defesa.

Assim, resignando-se o recorrente quanto à exclusão da falta disciplinar do artigo 50, I, da LEP, não há deficiência qualquer nas razões do recurso que impugna todos os fundamentos invocados no acórdão recorrido para afastar a falta disciplinar do artigo 52 da LEP, única que o recorrente pretende, assim, restabelecer.

Passo seguinte, tenho que não há nulidade no processo administrativo por violação ao contraditório.

Com efeito, ainda que em data diversa, a audiência foi realizada e o apenado foi ouvido na companhia de defesa técnica, já que foi assistido por assessor jurídico da SUSEPE, profissional devidamente inscrito nos Quadros da OAB, inexistindo nulidade pelo só fato de se tratar de funcionária da administração prisional, mormente porque após a conclusão do Processo Administrativo Disciplinar houve Justificação Judicial com a oitiva do apenado, que compareceu devidamente acompanhado de defensor público, que nada alegou relativamente

a tais fatos, tampouco no agravo em execução interposto contra a sentença de homologação do reconhecimento da falta grave.

A propósito do tema, colhem-se os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ACOMPANHAMENTO DO APENADO POR ADVOGADO. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N. 5/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

3. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição" (Enunciado da Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal).

4. *In casu*, conforme bem asseverado pelo Tribunal a quo, o agravado foi assistido por assessor jurídico da SUSEPE, bem como, na fase judicial, por defensor habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo, pois, qualquer nulidade relativa à inobservância do contraditório ou da ampla defesa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.404.811/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES QUE NÃO HOMOLOGOU O PAD. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PELA AUSÊNCIA DE ADVOGADO. ACÓRDÃO QUE CASSOU A DECISÃO DE 1º GRAU E DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O acórdão impugnado cassou a decisão do Juízo das Execuções que havia deixado de homologar o PAD, consignando a ausência de irregularidade no procedimento administrativo disciplinar por ausência de defesa técnica, uma vez que o Apenado foi "assistido pelo assistente jurídico da SUSEPE [...] [além do que] nenhum prejuízo de defesa houve naquela ocasião para que o apenado pudesse dar a sua versão acerca dos fatos".

(...)

(HC 198.140/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011)

E, afastadas as nulidades suscitadas, entendo desnecessárias maiores considerações acerca da prescindibilidade do Processo Administrativo Disciplinar, porque tal matéria foi alegada apenas como reforço de tese (até porque, no caso foi instaurado o PAD), além do que tal questão é objeto do

Recurso Especial n. 1.379.049/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, também admitido sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil como representativo de controvérsia e ainda pendente de julgamento.

Posto isso, passo ao exame da questão que ensejou a admissão do presente recurso especial como representativo, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, para que seja dirimida a controvérsia relativa à necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o reconhecimento da falta grave quando cometido fato definido como crime doloso no curso da execução da pena.

E, acerca de tanto entendo que o reconhecimento da falta disciplinar grave por fato definido como crime praticado pelo sentenciado no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no processo penal instaurado.

Com efeito, trata-se de medida de caráter administrativo que, se tiver de esperar uma ação penal com trânsito em julgado para afirmar, em um contexto de cumprimento de pena, que houve a prática da falta grave, o sentido do sistema disciplinar tornar-se-ia inócuo, mormente porque a punição disciplinar muitas vezes afigurar-se-ia inexecutável, já que possivelmente exaurido o procedimento executório.

Ademais, é de lembrar que o procedimento administrativo será conduzido pelas mesmas garantias do processo, porquanto terá de obedecer aos requisitos da ampla defesa e do contraditório, podendo a sua discussão ser devolvida a todas as instâncias judiciais.

Assim, na ordem de precedentes deste Sodalício, segundo os quais “*Não há exigir, em casos tais, trânsito em julgado da condenação pela nova infração, na exata razão de que reduziria a um nada a efetividade do processo de execução...*” (REsp 564.971/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 17/12/2004, p. 606), penso que a presunção de inocência advinda do processo penal iniciado para viabilizar a pena pelo novo delito não abrange a situação em desate.

Eis alguns precedentes nesse sentido desta Corte Superior de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA REALIZADA NOS TERMOS DO ART. 118, § 2º, DA LEP. PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA RESTABELEECER O DECISUM PROFERIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

1. Cometido fato previsto como crime doloso pelo apenado, durante o cumprimento da reprimenda, resta caracterizada a falta grave, nos termos do art. 52 da LEP, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Precedentes deste Sodalício.

2. Realizada audiência nos termos do art. 118, § 2º, da LEP, foi o apenado, juntamente com seu defensor público, previamente ouvido perante a autoridade judicial, razão pela qual não há que se falar em violação à ampla defesa.

3. Recurso provido para reformar o aresto recorrido e restabelecer o decimum proferido pelo Juízo de Primeiro Grau que, reconhecendo a falta grave, determinou a regressão do regime de cumprimento de pena, a perda dos dias remidos, bem como a alteração da data-base para a obtenção de novos benefícios pelo apenado.

(REsp 1.113.600/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 30/11/2009)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. (1) COMETIMENTO DE CRIME DOLOSO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. (2) INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (3) ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. O incidente executório de configuração de falta grave, decorrente do cometimento de crime doloso, não sofre interferência da necessidade de condenação transitada em julgado, porquanto é de cunho administrativo e obedece aos mesmos parâmetros da ampla defesa e do contraditório exigidos no processo penal.

2. Entretanto, fere o princípio da legalidade a interrupção do lapso temporal para a concessão de benefícios, em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, diante da ausência de previsão legal para tanto.

3. Ordem em parte concedida a fim de afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios inerentes à execução penal, ante a perpetração de falta grave, cabendo ao Juízo da Execução a análise dos demais requisitos objetivos e subjetivos, nos termos do disposto no art. 112 da LEP.

(HC 192.813/RS, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 01/06/2011)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 118, I, DA LEP. OCORRÊNCIA. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 127 DA LEI 7.210/84. OCORRÊNCIA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. SÚMULA VINCULANTE N. 9/STF. AFRONTA AOS ARTS. 111, P. ÚNICO, DA LEP, E 75, § 2º, DO CP. NÃO

OCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DE LAPSO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 441/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

(REsp 1.006.033/ RS, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, DJe 25/02/2011)

Do exposto resulta que o incidente executório de configuração de falta grave, decorrente do cometimento de fato que também constitui crime doloso, não sofre repercussão de condenação transitada em julgado na esfera penal, porquanto é de cunho administrativo e obedece aos mesmos parâmetros da ampla defesa e do contraditório exigidos no processo penal.

De resto, vale averbar que, vencida a relatora no Tribunal *a quo* - que dava provimento ao agravo para manter a data-base e determinava a revogação de 1/3 dos dias remidos - e sobrevindo a declaração de ofício da nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, restaram não apreciadas por aquele órgão colegiado as questões de mérito suscitadas pela defesa no agravo em execução, cujo exame é vedado nesta sede especial, sob pena de supressão de instância, impondo-se, assim, o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça para que prossiga no exame das questões relativas à perda dos dias remidos e à alteração da data-base.

Ante o exposto, acompanho em parte o voto da ilustre Ministra Relatora para dar provimento ao recurso especial para afastar a nulidade proclamada e reconhecer a prática de falta grave independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que prossiga no exame do agravo em execução quanto à perda dos dias remidos e à alteração da data-base.

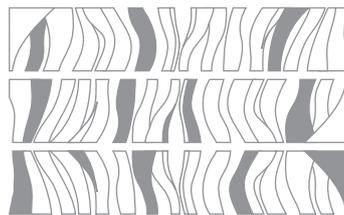
Em fechamento, para os fins do art. 543-C do CPC, sou por resolver a tese jurídica nos seguintes termos:

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

É O VOTO.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Sr. Presidente, voto no mesmo sentido, incorporando as observações feitas pelo Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze e as bem lançadas ponderações feitas pela Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



Súmula n. 527

SÚMULA N. 527

O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Referências:

CF, art. 5º, XLII, b.

CP, arts. 75; 97, § 1º; 109 e 110.

Precedentes:

AgRg no HC	160.734-SP	(5ª T, 1º.10.2013 – DJe 08.10.2013)
HC	285.953-RS	(5ª T, 10.06.2014 – DJe 24.06.2014)
HC	143.315-RS	(6ª T, 05.08.2010 – DJe 23.08.2010)
HC	174.342-RS	(6ª T, 11.10.2011 – DJe 14.11.2011)
HC	156.916-RS	(6ª T, 19.06.2012 – DJe 1º.10.2012)
HC	91.602-SP	(6ª T, 20.09.2012 – DJe 26.10.2012)
HC	167.136-DF	(6ª T, 02.05.2013 – DJe 10.05.2013)
HC	251.296-SP	(6ª T, 25.03.2014 – DJe 11.04.2014)
HC	269.377-AL	(6ª T, 02.10.2014 – DJe 13.10.2014) – acórdão publicado na íntegra
HC	286.733-RS	(6ª T, 25.11.2014 – DJe 15.12.2014)
AgRg no AREsp	357.508-DF	(6ª T, 16.12.2014 – DJe 03.02.2015)

Terceira Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

HABEAS CORPUS N. 269.377-AL (2013/0124571-2)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Alagoas
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Alagoas
Impetrado: Tribunal de Justiça de Alagoas
Paciente: Paulo César dos Santos

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO. ART. 97, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Paciente preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia, sendo o flagrante homologado e convertido em prisão preventiva.

2. Prolatada sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado, foi interposta apelação, parcialmente provida, apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal.

3. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

4. *Habeas corpus* não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, para, fixando o prazo máximo de 3 anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do

pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 13.10.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Paulo César dos Santos* estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça de Alagoas*, nos autos da Apelação Criminal n. 0001390-37.2010.8.02.0094.

A Defensoria Pública informa que o paciente, em decorrência de inimputabilidade, foi absolvido impropriamente pela prática do delito do art. 129, § 9º, do Código Penal, sendo-lhe imposta a medida de segurança detentiva por prazo indeterminado, pelo mínimo de 2 anos.

Sustenta que a Corte local, ao julgar a apelação, violou o art. 97, § 1º, do Código Penal, pois fixou o prazo máximo de internação em 30 anos, e não em 3 anos, pena máxima cominada ao crime imputado ao paciente.

Pleiteia o impetrante a reforma do acórdão, a fim de reduzir o prazo máximo de 30 anos para 3 anos. Pede, ainda, cautelarmente, a expedição de guia provisória de internação e a realização de exame de cessação de periculosidade.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de fls. 64-74, foram os autos enviados ao MPF, que opinou pela denegação da ordem às fls. 86-93.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução,

recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, *constato a ocorrência de flagrante ilegalidade* que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia Aladyr de Vasconcelos, sendo a prisão em flagrante homologada e convertida em prisão preventiva.

O juiz de primeiro grau prolatou sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado.

A Câmara Criminal da Corte local, ao analisar o recurso de apelação, deu-lhe parcial provimento apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, aplicando, analogicamente, o art. 75 do Código Penal. Confirma-se a fundamentação do acórdão:

[...] 10. Discute-se, então, o limite máximo em que ficará submetido a essa medida.

11. Nesse particular, entendo que, mesmo na hipótese de se admitir, por razões de segurança jurídica, observada a regra que impede a prisão perpétua no nosso ordenamento jurídico (alínea 'b' do inciso XLVII do artigo 5º da CF/88), não possa a medida de segurança perdurar indefinidamente, sob pena de se tornar inconstitucional o artigo 97, § 1º, do Código Penal, não se poderá considerar como limite o máximo da pena cominada abstratamente ao crime, como defende o apelante, mas sim o patamar de trinta anos de encarceramento, fixado no mencionado diploma legal.

12. Isso porque, embora seja uma modalidade de sanção penal, o fim perseguido com a imposição da medida de segurança é diverso da pena, aplicada aos imputáveis, dado o caráter terapêutico, preventivo e curativo da medida, devendo subsistir enquanto não cessar a periculosidade do agente. [...]

14. Na linha da doutrina também perfilha o entendimento jurisprudencial, em conformidade com o qual a medida de segurança prevista na legislação penal possui prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade do agente, encontrando limite no prazo máximo que um indivíduo, caso imputável, poderia ficar recolhido.

15. A respeito do tema, oportuna a transcrição dos seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: [...]

16. Com efeito, da leitura dos mencionados precedentes, conclui-se que é a subsistência da periculosidade do agente que vai determinar o tempo de submissão à medida de segurança, dado o caráter preventivo e terapêutico dessa espécie de sanção, encontrando ela, contudo, limite no tempo máximo que uma pessoa poderia ficar recolhida, a saber, 30 anos, na forma do artigo 75 do Código Penal. (fls. 234-235)

Inconformada, a defesa impetra este *writ*, alegando ofensa ao art. 97, § 1º, do Código Penal, visto que o prazo máximo de cumprimento de medida de segurança deve equivaler à pena máxima abstratamente prevista para o crime pelo qual o acusado foi denunciado, no caso concreto, a pena prevista para o delito do art. 129, § 9º, do Código Penal.

Com efeito, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Confirmam-se os seguintes julgados:

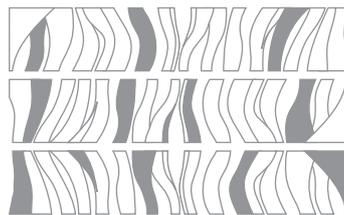
[...] O prazo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido. [...] (HC n. 251.296/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ªT., DJe 11/4/2014)

[...] Levando em conta o preceito segundo o qual “não haverá penas de caráter perpétuo” (art. 5º, XLII, b, da CF) e os princípios da isonomia e da proporcionalidade, a Sexta Turma adotou o entendimento de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

[...] (HC n. 174.342/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ªT., DJe 14/11/2011)

À vista de todo o exposto, não conheço do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio.

No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, concedo a ordem de ofício, para, fixando o prazo máximo de 3 anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento.



Súmula n. 528

SÚMULA N. 528

Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional.

Referências:

CPP, art. 70, *caput*.

Lei n. 6.368/1976, arts. 12, *caput*, e 18, I e III, revogados pela Lei n. 11.343/2006.

Lei n. 11.343/2006, arts. 33, *caput*, e 40, I.

Precedentes:

CC	41.775-RS	(3ª S, 26.05.2004 – DJ 14.06.2004)
CC	112.306-MS	(3ª S, 24.11.2010 – DJe 10.12.2010)
CC	109.646-SP	(3ª S, 23.03.2011 – DJe 1º.08.2011)
CC	132.897-PR	(3ª S, 28.05.2014 – DJe 03.06.2014)
CC	133.003-RJ	(3ª S, 28.05.2014 – DJe 03.06.2014)
CC	133.560-RJ	(3ª S, 11.06.2014 – DJe 17.06.2014) – acórdão publicado na íntegra
CC	134.421-RJ	(3ª S, 24.09.2014 – DJe 04.12.2014)

Terceira Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 133.560-RJ (2014/0094423-6)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Suscitante: Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro

Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo

Interes.: Em Apuração

Interes.: Justiça Pública

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. REMESSA DE ENTORPECENTE DO EXTERIOR POR VIA POSTAL. CONSUMAÇÃO DO DELITO QUANDO DA ENTRADA DA DROGA NO TERRITÓRIO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL EM QUE OCORREU A APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA.

1. O artigo 70, *caput*, do Código de Processo Penal, prevê que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração.

2. A conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 constitui delito formal, multinuclear, e, para sua consumação, basta a execução de quaisquer das condutas previstas no tipo penal, quais sejam: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas.

3. Na espécie, em que houve importação de entorpecente por via postal, o delito se consumou no instante em que a missiva tocou o território nacional.

4. Em não havendo dúvidas acerca do lugar da consumação do delito, torna-se óbvia a definição da competência para o processamento e julgamento do feito, uma vez que é irrelevante o fato de a droga estar endereçada a destinatário na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

5. Conflito conhecido para declarar competente o *JUIZO FEDERAL DA 9A VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Laurita Vaz e Regina Helena Costa. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 11 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 17.6.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o *JUIZO FEDERAL DA 6A VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*, ora suscitante, e o *JUIZO FEDERAL DA 9A VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, ora suscitado, nos autos do *Inquérito Policial n. 0018645-16.2014.4.02.5101 (2014.51.01.018645-9)*.

Cuidam os autos de inquérito policial instaurado pela Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Superintendência Regional da Polícia Federal de São Paulo/SP, mediante a Portaria IPL n. 1.851/2013-2, para apurar suposta prática do delito positivado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

O procedimento investigatório foi aberto tendo em vista a apreensão, no âmbito da Alfândega da Secretaria da Receita Federal do Brasil em São Paulo, de correspondências, oriundas da Espanha, com remetentes desconhecidos e o

destinatário João Pedro Lara (endereço da cidade do Rio de Janeiro), contendo substância entorpecente.

O Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, acolhendo parecer do Ministério Público, declinou da competência para analisar o feito e determinou a remessa dos autos à Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio de Janeiro - RJ, por considerar “que se tem pleno conhecimento do local da prática de todos os atos de execução do eventual delito” (fl. 31).

O Juízo Federal da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, por sua vez, ao receber os autos e, após manifestação do Ministério Público Federal, suscitou este conflito de competência, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

Ocorre que, em se tratando de remessa de substância entorpecente do exterior, a competência para conhecer, processar e julgar os fatos é do juízo do local da apreensão, uma vez que, neste momento, a infração penal descrita no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/06, já restou consumada, sendo a entrega ao destinatário somente o mero exaurimento do crime, diante do tipo núcleo misto alternativo inserto na norma proibitiva em comento.

Neste sentido, o argumento utilizado na manifestação ministerial do MPF/SP, que aduz que o resultado deveria ser produzido no Rio de Janeiro, haja vista o destinatário da remessa estar aqui localizado, não resiste ao exame acurado do tipo objetivo previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, eis que sua redação menciona, dentre os diversos núcleos verbais, importar e remeter.

Desta feita, a partir do momento no qual o remetente encaminha a possível droga do exterior ao destinatário localizado nesta cidade, infere-se que já houve a efetiva remessa de material entorpecente, que, como o próprio núcleo semântico do tipo denota, se consuma com a mera conduta, sendo indiferente o objeto postal chegar efetivamente nas mãos do seu destinatário.

Em outras palavras, tratando-se de crime de perigo abstrato, o seu resultado normativo se conforma com a mera prática do núcleo do tipo penal em voga.

Assim, resta derruído o argumento de que o resultado deveria ser produzido nesta cidade, uma vez que já restou consumado com a mera remessa.

Sendo assim, ocorrendo a apreensão do objeto em São Paulo, infere-se que fora neste local a ocorrência do resultado do crime, atraindo, portanto, a competência do Juízo da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo. (Fls. 42/43).

Remetidos os autos a esta Corte Superior de Justiça, manifestou-se o Ministério Público Federal (fls. 61/63) pela competência do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Conheço deste conflito de competência, nos termos do artigo 105, I, “d”, da Constituição Federal.

Cinge-se a controvérsia em determinar o juízo competente para processar e julgar suposta prática do crime de tráfico de drogas, praticado por sujeito ainda desconhecido, que veio a conhecimento das autoridades estatais quando da apreensão de correspondências contendo substância entorpecente, remetidas da Espanha, por sujeito desconhecido, e com destinatário final pessoa residente na cidade do Rio de Janeiro.

A apreensão ocorreu na Alfândega da Secretaria da Receita Federal do Brasil, na cidade de São Paulo.

Dessarte, confira-se o que prevê o art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal:

A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

No caso em apreço, verifica-se a conduta positivada no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, caracterizada como delito formal multinuclear. Outrossim, para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam: *importar*, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas.

O verbo *importar* carrega a seguinte definição: “fazer vir de outro país, estado ou município; *trazer para dentro*.” (*Novo dicionário Aurélio*)

Logo, ainda que desconhecido o autor - como no caso dos autos -, entendo que despicando é o seu reconhecimento, podendo-se afirmar que o delito *se consumou no instante em que tocou o território nacional*, entrada essa consubstanciada na apreensão na Alfândega da Secretaria da Receita Federal do Brasil, *na cidade de São Paulo*, conforme consignado anteriormente.

Por conseguinte, *em não havendo dúvidas acerca do lugar da consumação do delito*, da leitura do *caput* do artigo 70 do Código de Processo Penal, torna-se óbvia a definição da competência para o processamento e julgamento do feito, uma vez que *é irrelevante o fato de a droga estar endereçada a destinatário na cidade*

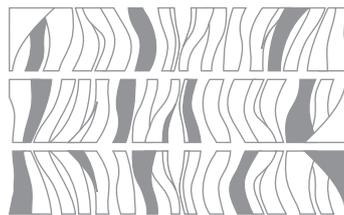
do Rio de Janeiro. Isso porque, sob pena de soar repetitivo, a competência firma-se no juízo do local em que ocorreu a apreensão da droga.

No mesmo sentido, a seguinte decisão, proferida monocraticamente, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que assim consignou:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CORRESPONDÊNCIA VINDA DO EXTERIOR CONTENDO ENTORPECENTE. TRÁFICO CONSUMADO. "IMPORTAR". LOCAL DA APREENSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO - SP. (CC 133.383/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5.5.2014).

Ressalte-se, por oportuno, que também é firme o entendimento da *Terceira Seção* de ser desnecessário, para que ocorra a consumação da prática delituosa, a correspondência chegar ao destinatário final, por configurar mero exaurimento da conduta.

À vista do exposto, conheço deste conflito para declarar competente o *JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, ora suscitado.



Súmula n. 529

SÚMULA N. 529

No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.

Referências:

CC/2002, art. 787.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

(*)REsp	962.230-RS	(2ª S, 08.02.2012 – DJe 20.04.2012) – acórdão publicado na íntegra
REsp	256.424-SE	(4ª T, 29.11.2005 – DJ 07.08.2006)
REsp	943.440-SP	(4ª T, 12.04.2011 – DJe 18.04.2011)
REsp	1.076.138-RJ	(4ª T, 22.05.2012 – DJe 05.06.2012)
AgRg no REsp	1.286.637-ES	(4ª T, 07.10.2014 – DJe 15.10.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Segunda Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

RECURSO ESPECIAL N. 962.230-RS (2007/0140983-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Irmãos Castro Ltda

Advogado: Sérgio Pereira da Silva e outro(s)

Recorrido: Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros

Advogado: Carmen Suzana Lagranha Ademires e outro(s)

Interes.: Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e
Capitalização - FENASEG - "Amicus Curiae"

Advogado: Sergio Bermudes e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS AJUIZADA DIRETA E EXCLUSIVAMENTE EM FACE DA SEGURADORA DO SUPOSTO CAUSADOR. DESCABIMENTO COMO REGRA.

1. Para fins do art. 543-C do CPC:

1.1. Descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada direta e exclusivamente em face da Seguradora do apontado causador do dano.

1.2. No seguro de responsabilidade civil facultativo a obrigação da Seguradora de ressarcir danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, definiu-se o seguinte: a) descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano; b) de fato, no seguro de responsabilidade civil facultativo, a obrigação da seguradora de ressarcir danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Sustentaram, oralmente, os Drs. GERALDO NOGUEIRA DA GAMA, pelo RECORRIDO BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS, e SÉRGIO BERMUDEZ, pela INTERESSADA FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E DE CAPITALIZAÇÃO - FENASEG (Amicus Curiae).

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 20.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Irmãos Castro Ltda. ajuizou ação de indenização por perdas e danos em face de Novo Hamburgo Cia. de Seguros Gerais (antiga denominação de Bradesco Auto-RE Cia. de Seguros), aduzindo que, no dia 29.12.1998, o caminhão de sua propriedade - Ford Cargo 1622 - envolveu-se em acidente de trânsito com outro veículo (Ford Fiesta), dirigido por João Carlos Rosa da Silva, segurado pela ré. Informou que o sinistro foi comunicado à Seguradora, passando esta a proceder aos trâmites para a cobertura dos danos, contudo os reparos não foram realizados. Então o autor providenciou o conserto do caminhão às suas expensas e iniciou a cobrança do que entendeu devido.

O Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Taquari/RS extinguiu o feito, sem resolução de mérito, acolhendo preliminar de ilegitimidade passiva da seguradora (fls. 94-98).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CÍVEL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA CONTRA A SEGURADORA.

Carência de ação reconhecida em primeiro grau. Não havendo relação de direito material entre a demandante e a seguradora ré, mantém-se a sentença de carência de ação por ilegitimidade passiva.

Apelo não provido.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 149-152).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no qual o recorrente sustenta ser possível o ajuizamento de ação indenizatória direta e exclusivamente contra a seguradora do “causador do dano”, invocando como arestos dissidentes aquele proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o REsp n. 257.880/RS, entendendo tratar-se de “estipulação em favor de terceiros”.

Contra-arrazoado (fls. 189-196), o especial foi admitido (fls. 211-213).

Verificando que há multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte, a versar sobre a possibilidade de a vítima de sinistro ajuizar ação indenizatória direta e exclusivamente contra a seguradora do pretense causador do dano, afetei o julgamento do presente recurso especial a esta Segunda Seção, nos termos do art. 543-C, do CPC e da Resolução n. 08/2008.

A Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização - FENASEG, na condição de *amicus curiae*, opina no sentido de que seja impossibilitado o “ajuizamento de toda e qualquer ação indenizatória diretamente contra a seguradora do pretense causador do dano” (fls. 236-331).

O Ministério Público Federal, mediante parecer elaborado pelo Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, opina pelo não conhecimento do recurso (fls. 332-337).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. É conhecida a inclinação desta Segunda Seção na seleção de recursos representativos de controvérsia (art. 543-C, CPC), no sentido de trazer a julgamento, pela nova sistemática, apenas os temas tranquilos no âmbito dos colegiados internos.

A novidade do sistema introduzido pela Lei n. 11.672/2008, deveras, recomendava a prudência deste Colegiado, ou seja, mostrava-se conveniente estabilizar apenas as questões jurídicas maduras para o encaminhamento de teses, porquanto as decisões passariam a irradiar seus efeitos para além do caso concreto, orientando a posição jurídica a ser observada nas instâncias ordinárias de jurisdição.

As exceções ficaram por conta de alguns casos novos, importantes e urgentes, em que se mostrava de todo conveniente o pronunciamento do STJ, mediante a sistemática inculpada no art. 543-C do CPC, mesmo em relação a temas não reiterados (por exemplo, REsp n. 1.273.643/PR, de relatoria do e. Ministro Sidnei Beneti, que dizia respeito ao prazo de prescrição para o ajuizamento de execução individual de sentença proferida em ação coletiva).

Destarte, na linha da percepção que vem sendo construída por este Colegiado, tem-se que a questão ora submetida ao exame da colenda Segunda Seção é de extrema relevância, inclusive econômica, e tem obtido solução relativamente tranquila no âmbito da Corte.

Cuida-se de saber se é possível o ajuizamento de ação indenizatória direta e exclusiva contra a Seguradora de um dos veículos envolvidos no sinistro, quando o autor não mantém nenhum vínculo jurídico com esta.

3. Passo, pois, a examinar o recurso.

Rejeito, de saída, a alegação do *amicus curiae* (FENASEG) e do MPF sobre a inadmissibilidade do apelo nobre.

Deveras, o recorrente, pela alínea “a”, apresentou fundamentação deficiente, circunstância que atrairia a incidência da Súmula n. 284/STF.

Porém, o recurso é admissível pela alínea “c” do permissivo constitucional, porquanto a dispersão jurisprudencial é notória, motivo pelo qual as formalidades alusivas à demonstração do dissídio e ao cotejo analítico entre o acórdão hostilizado e os paradigmas podem ser abrandadas.

Esse é o entendimento da Corte Especial (AgRg nos EREsp 280.619/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2003, DJ 19/12/2003, p. 301).

Em idêntico sentido são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 679.164/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 08/11/2010; AgRg no Ag 1.147.125/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em

08/09/2009, DJe 02/02/2010; AgRg nos EDcl no REsp 921.816/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 01/04/2009; AgRg no REsp 1.082.738/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011.

4. No mérito, tenho que, como regra, não parece cabível o ajuizamento de ação de indenização direta e exclusivamente contra a Seguradora do suposto causador do acidente, sem a participação desse no processo.

No caso julgado anteriormente submetido a esta Seção (REsp 925.103/SP), asseverei que seria possível a condenação direta e solidária da Seguradora denunciada pelo segurado, ou a ele litisconsorciada, para ressarcir os danos experimentados por terceiros e *causados pelo denunciante* (segurado).

Porém, é bem de ver que, mesmo nesses casos, não há propriamente uma relação jurídica de direito material entre o terceiro (a vítima) e a seguradora, sendo que a solidariedade nasce somente por força de relação de direito processual (vítima e seguradora) e de uma obrigação aquiliana reconhecida judicialmente (entre o segurado e a vítima), sem a qual não haveria responsabilidade da seguradora de indenizar os danos sofridos por terceiros.

Vale dizer, a obrigação solidária da Seguradora de indenizar o terceiro, no caso anteriormente julgado, não decorreu pura e simplesmente do fato de o veículo segurado ter se envolvido em acidente automobilístico, mas do aperfeiçoamento de uma relação jurídica processual (seguradora x autor) e uma relação jurídica obrigacional, consistente no *dever de indenizar imputado ao segurado*.

A bem da verdade, antes da condenação do segurado, não se tem por observadas sequer as condições autorizadoras da indenização a terceiros, quais sejam a condição de “vítima” e a de “causador do dano” do segurado.

Aliás, este é o traço que caracteriza e conceitua o seguro de responsabilidade civil facultativo, qual seja, o de neutralizar a obrigação do segurado em indenizar danos causados a terceiros, nos limites dos valores contratados, razão pela qual não se dispensa, para exigir-se a cobertura securitária, a verificação da responsabilidade civil do segurado no sinistro.

Esse é o entendimento da mais abalizada doutrina civilista.

José De Aguiar Dias define seguro de responsabilidade civil, modalidade de garantia da reparação civil, nos seguintes termos:

Espécie desse gênero é o seguro de responsabilidade civil, cuja definição, adaptada daquela noção preliminar, pode ser dada nesses termos: seguro de responsabilidade civil é o contrato em virtude do qual, mediante o prêmio ou prêmios estipulados, o segurador *garante ao segurado o pagamento da indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarrete sua obrigação de reparar o dano*. O Código Civil de 2002 a ele se refere expressamente, dizendo o art. 787 que, no seguro de responsabilidade civil, *o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidas pelo segurado a terceiro*.

[...]

O seguro de responsabilidade se distingue dos outros seguros de dano porque *garante uma obrigação*, ao passo que os últimos garantem direitos; ele surge como consequência do ressarcimento de uma dívida de responsabilidade, a cargo do segurado; os demais nascem da lesão ou perda de um direito de propriedade (seguro do prédio contra incêndio, do navio contra a *fortuna do mar*, das mercadorias transportadas), de um direito real (seguro do prédio gravado pelo credor hipotecário) ou simples direito de crédito (seguro da mercadoria transportada pelo transportador que quer o preço do transporte). (*Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 1.124 e 1.132)

Não discrepa de tal entendimento a doutrina de Caio Mário Da Silva Pereira, para quem “*Seguro de responsabilidade civil* tem por objeto transferir para o segurador as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente” (*Instituição de direito civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 470).

Sobre seguro de responsabilidade civil, vale conferir também a lição de Rui Stoco:

O denominado seguro de responsabilidade civil, segundo Munir Karam a principal carteira do mercado segurador, é uma subespécie do seguro de danos: o segurador *garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros* (...).

É, aliás, o que dispõe o art. 786 do CC.

Observou o ilustre professor e destacado magistrado do Estado do Paraná que essa modalidade não se confunde com o chamado seguro de carros contra furto, roubo, danos materiais e incêndio. Este protege determinado bem do segurado; aquele se limita a ressarcir-lo da obrigação de indenizar por danos causados a terceiros.

[...]

Tem as características e atributos de um contrato condicional e aleatório e, essencialmente, de contrato de garantia, mas que se distingue de outras convenções de garantia, seja no seu objeto, seja no que pertine à contraprestação

estipulada. (In. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 703)

Com efeito, a figura central do seguro de responsabilidade civil é, exatamente, a *obrigação de indenizar imputável ao segurado* por danos causados a terceiros, e não a pura e simples ocorrência de sinistro envolvendo o bem segurado.

Vale dizer, a obrigação da Seguradora, a toda evidência, está sujeita a condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado.

Nessa linha de raciocínio, penso que não há como, segundo os ditames do devido processo legal e da ampla defesa, reconhecer a responsabilidade civil do segurado em demanda intentada à sua revelia, envolvendo somente a suposta “vítima” e a Seguradora do suposto “causador do dano”.

Em demandas desse jaez, fica inviabilizada a investigação de todas as circunstâncias do evento e somente se chega à conclusão acerca da responsabilidade da seguradora 1) pelo fato de constar no contrato de seguro essa obrigação, a qual, como dito, está sujeita a condição suspensiva; 2) por presunção de que quem reclama a indenização ostenta a condição de “vítima”, e que o segurado é o “causador do dano”, inferências que podem não se verificar após a dilação probatória com a participação de todos os envolvidos.

Nesse passo, alguns precedentes partem de premissa que, se verdadeira, enseja, em qualquer circunstância, a responsabilidade da seguradora em relação a terceiros, ou seja, a premissa de que o segurado ostenta a condição de “causador do dano” (REsp 1.245.618/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 30/11/2011 e REsp 401.718/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2002, DJ 24/03/2003, p. 228).

Porém, a meu juízo, como não é possível aferir validamente a condição de “causador do dano” sem a participação na lide desse presumido autor (o segurado), descabe, de regra, o ajuizamento de ação da “alegada vítima”, direta e exclusivamente em face da Seguradora.

5. Não fosse por isso, nem sempre a verificação simples dessa responsabilidade civil obriga a Seguradora a pagar a indenização securitária.

Pelo contrário, a depender das circunstâncias em que o segurado se envolveu no acidente, ou seja, a depender do motivo determinante da responsabilidade

civil do segurado, a Seguradora pode eximir-se da obrigação contratualmente assumida.

Refiro-me aos típicos casos de agravamento intencional dos riscos pelo segurado, por exemplo, mediante embriaguez voluntária ou por ilícito decorrente de ato doloso de sua parte (art. 762, Código Civil), hipóteses em que, embora o segurado esteja obrigado a indenizar o terceiro, não estará a seguradora obrigada a pagar a indenização securitária.

Assim, figurando-se a hipótese em que o autor alega ter sido “vítima” de acidente automobilístico “causado” por veículo segurado, e tendo a ação sido ajuizada exclusivamente em face da Seguradora, não terá esta meios de defesa para provar eventual inversão na causalidade do acidente e, tampouco, poderá verificar a ocorrência de fato extintivo da obrigação de indenizar, como a embriaguez voluntária do segurado que, no mais das vezes, agrava o risco de sinistro.

Consequentemente, sem as exatas dimensões das circunstâncias que envolveram o sinistro, corre-se o risco de a seguradora pagar a indenização exatamente para o real causador do dano.

Essa foi, inclusive, a percepção do eminente Ministro Barros Monteiro, no voto vista proferido no REsp n. 257.880/RJ, e que em razão da substancial argumentação, incorporo-o como fundamento do presente voto, *verbis*:

O objetivo do contrato de seguro, nesse particular, foi o de resguardar o segurado das conseqüências patrimoniais que lhe pudessem advir em razão de eventual dano ocasionado pelo veículo de sua propriedade a terceiro. Conforme se pode verificar, o seguro foi ajustado em favor do segurado e não em favor de terceiro.

Daí por que não se pode reputar, nessa hipótese, a pactuação feita como uma “estipulação em favor de terceiro”.

Ricardo Bechara Santos, advogado especializado em “Direito de Seguro” lembra que “o seguro de responsabilidade tem como finalidade o modo de garantir ao responsável pelo evento os meios de suportar esta obrigação. O encargo em si é o desembolso possível de indenização, não o ato ilícito, repita-se à exaustão. O seguro de RC, enfim, não tem por escopo a garantia da substituição processual (vedada nos melhores códigos processualistas) do segurado pelo segurador na demanda que somente contra aquele cabe ser intentada” (Direito de Seguro no Cotidiano, pág. 509, ed. 1.999 – Forense).

Os autores, pais da vítima que pilotava o veículo no momento do acidente, não são parte no contrato firmado entre a dona do auto-carga e a empresa seguradora.

Então, cuidando-se de simples contrato de seguro de responsabilidade civil, para obter a indenização devida em virtude da morte do filho era de inteiro rigor que os demandantes ajuizassem, antes de mais nada, a ação reparatória de danos contra a proprietária do veículo automotor. Consoante escólio lançado pelo mesmo jurista acima referido, *“o seguro de Responsabilidade Civil, pois, no Brasil e em boa parte do mundo, é seguro de reembolso por excelência, em que, primeiro, há de se caracterizar a responsabilidade civil do segurado e o pagamento pelo mesmo despendido para, depois, assegurar-lhe o direito de reembolso junto ao segurador, que é chamado à liça. Isto porque, o risco de que se ocupa tal modalidade de seguro não é, como naqueles outros casos, o dano causado a terceiro, porém, sim, a própria responsabilidade civil do segurado e a proteção do dano que essa responsabilidade civil cause ao seu próprio patrimônio – e não de terceiro, repita-se – pelo desfalque que decorre dessa mesma responsabilidade pelo fato do desembolso”* (ob. citada, pág. 597).

Assim, o seguro visou aí primordialmente, consoante já assinalado, a resguardar o segurado das perdas patrimoniais que poderia vir a sofrer, caso o veículo objeto da avença, provocasse algum dano a terceiro.

Todavia, desprezaram *tourt court* a eventual culpabilidade da empresa segurada pelo dano causado, pressuposto natural ao ressarcimento pretendido. Propuseram, desde logo, a ação contra a empresa seguradora, como se o contrato de seguro tivesse sido celebrado em favor deles próprios. Descartaram a circunstância de que, sendo segurada a proprietária do veículo, a obrigação desta de reparar os danos somente surgiria com a demonstração de sua responsabilidade pelo evento. Ressai estranho que, sendo a vítima fatal o próprio condutor do veículo sinistrado, viessem os autores a postular a indenização sem antes perquirir sobre a culpabilidade *lato sensu* da proprietária do veículo. Esta é quem teria, na verdade, condições de apresentar a sua defesa. Não é absurdo considerar-se que, em face da situação particular do acidente, a culpa pelo ocorrido fosse atribuível à própria vítima. Aí, então, qualquer reparação seria indevida, uma vez que no caso não se cogita de seguro obrigatório de cunho social e, sim, seguro facultativo de responsabilidade civil.

“E é a ele, o segurado e autor do dano, que caberia aduzir a melhor defesa, posto que conhecedor dos fatos sobre os quais a mesma defesa é deduzida, com os detalhes que o segurador pode desconhecer” (ob. citada, pág. 507).

Daí reputar-se como imperioso que, no caso dos autos, os autores, antes de mais nada, promovessem a responsabilidade da empresa dona do auto-carga, a quem caberia requerer a denunciação da lide à seguradora, a fim de assegurar o seu direito de regresso.

6. Também não entendo seja o seguro de responsabilidade civil facultativo uma espécie de “estipulação em favor de terceiro”, como é o caso do seguro de vida.

No seguro facultativo de responsabilidade civil, como dito anteriormente pelo eminente Ministro Barros Monteiro, e apoiado em judiciosa doutrina, a avença é celebrada em benefício do segurado, e não de terceiro, exatamente para neutralizar a responsabilidade civil daquele em relação a este.

No rigor da palavra, o terceiro não é o beneficiário do seguro facultativo de responsabilidade civil, exatamente porque sofreu prejuízo anterior do qual busca apenas o ressarcimento (e não um benefício), sendo o segurado o real beneficiário, exatamente porque se lhe evita um prejuízo posterior com o eventual reconhecimento de sua obrigação de indenizar.

Até mesmo o Ministro Eduardo Ribeiro, que então defendia a possibilidade da ação direta e exclusiva em face da seguradora, rechaçava a fundamentação apoiada na estipulação em favor de terceiro.

Nesse sentido Sua Exa. se manifestou em voto-vista proferido no REsp n. 228.840/RS, *verbis*:

A tese de que se trataria de estipulação em favor de terceiro pode-se dizer superada, pois evidentemente artificiosa. O contrato de seguro não é feito para beneficiar a vítima, mas para garantir o patrimônio do próprio segurado, caso tenha ele que responder por dano causado a terceiro.

O sinistro que dá lugar à obrigação de indenizar, observa a doutrina, não é o evento que lesou a vítima. Seu prejuízo, por si, não gera obrigação para o segurador que com ela não tem vínculo algum. Sinistro é a diminuição patrimonial suportada pelo segurado que, visando a acobertá-la, contratou com a seguradora. Essa a opinião de Viterbo, como exposta por Aguiar Dias (Da Responsabilidade Civil - 1994 - Forense - 9ª ed. - 1994).

O mesmo Aguiar, um dos principais defensores da admissibilidade da ação direta, apontou, como dando amparo a sua tese, o disposto nos artigos 126 do Código Brasileiro do Ar, então vigente (art. 286 do atual), 76 do Código Civil e 3º do Código de Processo Civil.

À norma do C.B.A pode-se objetar tratar-se de seguro obrigatório. E a objeção não encontrou resposta satisfatória, *data venia*, daquele eminente jurista. A obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil explica-se exatamente por visar a garantir o pagamento da indenização à vítima e não, simplesmente, recompor o patrimônio de quem o contratou. É o que sucede, também, no seguro de veículos terrestres.

A invocação dos demais artigos envolve petição de princípio.

Mencionou-se, ainda, o artigo 1.518 do Código Civil. O fato, entretanto, de que os bens do devedor fiquem sujeitos à reparação do dano não resolve o problema de que entre segurador e vítima não existe vínculo contratual.

Deveras, a estipulação em favor de terceiro, pela ótica puramente jurídica do Código Civil de 2002 (arts. 436 a 438), malgrado tenha se omitido o legislador “do lúcido e indispensável mister de elaborar um conceito explícito”, deve ser considerado “aquele contrato cujo único programa consiste em outorgar uma atribuição patrimonial a favor de terceiro” (ASSIS, Araken [*et. al.*]. pp. *Comentários ao código civil brasileiro, vol. 5*. Arruda Alvim e Tereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, 239-241), como é o caso do seguro de vida.

Por outro lado, o art. 437 do Código Civil, quando trata do direito de o beneficiário exigir a execução do contrato, aduz não poder o estipulante exonerar o devedor da avença anteriormente firmada, o que a toda evidência não ocorre com o seguro de responsabilidade civil facultativo, porquanto pode o segurado nem acionar a cobertura securitária preferindo firmar acordo extrajudicial com a vítima, exonerando assim a seguradora de sua obrigação contratual.

Não fosse por isso, a jurisprudência da Casa é pacífica no sentido de que, em contratos em benefício de terceiros, como o de seguro de vida, o estipulante é mero mandatário e não possui legitimidade nem para cobrar a indenização, nem para figurar no polo passivo da demanda ajuizada pelo terceiro beneficiário.

Nessa linha, a Terceira Turma decidiu que “no contrato de seguro de vida em grupo, o estipulante é mandatário. Não pode ele cobrar diretamente as indenizações que se destinam aos beneficiários em favor dos quais foi estipulado o seguro” (REsp 140.315/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/1998, DJ 21/09/1998, p. 158).

Também se afirmou que “nos contrato de seguro em grupo, o estipulante é mandatário dos segurados, sendo parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança” (REsp 1.106.557/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 21/10/2010).

No mesmo sentido são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.109.504/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011; EREsp 286.328/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/05/2006, DJ 19/10/2006, p. 238.

O contrato de seguro facultativo de responsabilidade civil não possui essas particularidades. Certamente o segurado - que seria o estipulante pela tese contrária -, não é mandatário do terceiro envolvido no sinistro, possui sim

legitimidade passiva para responder à ação indenizatória e legitimidade ativa para buscar os valores contratualmente assegurados.

Não fosse por isso, ainda que se considerasse o contrato de responsabilidade civil facultativo uma espécie de estipulação em favor de terceiro, isso não seria bastante para autorizar a cobrança direta e exclusiva do terceiro beneficiário contra a seguradora.

É que o “fato gerador” da obrigação de a seguradora indenizar o terceiro beneficiário deve ter sido anteriormente verificado, para assim lhe exigir o que foi avençado. No caso de seguro de vida, por exemplo, o fato gerador é a morte do estipulante, sem a qual não poderá ser exigido o pagamento do montante contratado.

No caso de seguro de responsabilidade civil facultativo, como dito noutro passo, é a responsabilidade do segurado o “fato gerador” da responsabilidade da seguradora, com a ressalva de cláusulas excludentes.

Ou seja, a morte do estipulante está para o seguro de vida assim como o reconhecimento da obrigação do segurado está para o seguro facultativo de responsabilidade civil, com a sensível e importante diferença de que a morte pode ser comprovada objetivamente pela certidão de óbito, ao passo que a obrigação do segurado em indenizar terceiro reclama, de regra, investigação mais alongada, e que, como dito à exaustão, não pode ser validamente reconhecida no âmbito judicial sem a participação do contratante na lide.

7. Finalmente, é importante ressaltar que não há nenhum prejuízo para quem se afirma vítima de acidente automobilístico, em ajuizar a ação indenizatória contra o segurado em conjunto com a seguradora, como vêm autorizando doutrina e jurisprudência.

Sem perda para nenhuma das partes envolvidas, ganham a segurança jurídica e o devido processo legal.

Não se desconhece, é bom que se advirta, o traço atual presente no contrato de seguro, imerso que é em uma importante função social, e, em razão disso, as relações jurídicas nele estabelecidas não se encerram puramente entre as partes.

Por isso mesmo, entendi cabível a condenação direta da seguradora, quando esta interveio no processo como litisdenunciada pelo segurado ou a ele litisconsorciada.

Contudo, a socialização das perdas - justificada no princípio constitucional da solidariedade - pode significar a diluição dos danos por toda a sociedade, mas

não a pura e simples transferência dos prejuízos da vítima para um réu eleito por ela de forma concentrada, nada socializada e, por vezes, aleatória.

Nesse caso, como bem assevera Anderson Schreiber, o solidarismo hospeda-se apenas nas “condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral”, resultando tal prática “em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima” (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7).

8. Portanto, como regra, alinho-me ao entendimento mais recente da Quarta Turma, no sentido de descaber ação indenizatória ajuizada direta e exclusivamente em face da seguradora do suposto causador do dano.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INCLUSÃO DO SEGURADO E DA SEGURADORA NO PÓLO PASSIVO DA LIIDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DESTA.

I. A seguradora detém legitimidade passiva para, em conjunto com o segurado causador do dano, ser demandada diretamente pela vítima.

II. Precedente do Tribunal.

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 943.440/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011)

CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO DIRETA MOVIDA POR VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA SEM A PRESENÇA DO SEGURADO NA LIIDE. IMPOSSIBILIDADE.

I. Diversamente do DPVAT, o seguro voluntário é contratado em favor do segurado, não de terceiro, de sorte que sem a sua presença concomitante no pólo passivo da liide, não se afigura possível a demanda intentada diretamente pela vítima contra a seguradora.

II. A condenação da seguradora somente surgirá se comprovado que o segurado agiu com culpa ou dolo no acidente, daí a necessidade de integração do contratante, sob pena, inclusive, de cerceamento de defesa.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 256.424/SE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 07/08/2006, p. 225)

Havendo contrato de resseguro, por exemplo, que em tudo se assemelha a um contrato de seguro - embora seja regido por legislação própria, LC n.

126/2007 -, o entendimento tem sido o mesmo, no sentido de descaber ação direta do segurado contra o ressegurador:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE DA SEGURADORA E DA RESSEGURADORA. PENHORA DE BENS DE TITULARIDADE DA RESSEGURADORA PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. INADMISSIBILIDADE.

1. A seguradora é, perante o segurado, a única responsável pelo pagamento da indenização. Não há qualquer dispositivo legal ou contratual que determine a solidariedade passiva da resseguradora com relação aos débitos da seguradora.

2. A responsabilidade da resseguradora limita-se ao repasse, para a seguradora, da importância prevista no contrato de resseguro. É dever da própria seguradora o pagamento total da condenação imposta por decisão judicial proferida em desfavor do segurado, nos limites da apólice.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.178.680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011)

De resto, há de ser mencionado um detalhe importante acerca da caminhada da jurisprudência do STJ sobre o tema: quase todos os precedentes, sobretudo os da Terceira Turma, cujas ementas aparentemente contradizem a tese ora proposta, na verdade a chancelam, seja porque a ação fora proposta concomitantemente em face da seguradora e do segurado, seja porque alguns casos ostentavam particularidades aptas a autorizar a ação direta e exclusiva do terceiro em face da Seguradora (por exemplo, em caso de ressarcimento parcial do dano realizado diretamente pela Seguradora, admitindo a relação jurídica com o terceiro).

Assim, confira-se: AgRg no REsp 474.921/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 19/10/2010; REsp 713.115/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 300; REsp 444.716/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 31/05/2004, p. 300; REsp 294.057/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 12/11/2001, p. 155; REsp 228.840/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 150.

9. Portanto, para efeitos do art. 543-C do CPC, encaminho à apreciação desta Seção o seguinte entendimento:

a) descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada direta e exclusivamente em face da Seguradora do apontado causador do dano.

b) de fato, no seguro de responsabilidade civil facultativo a obrigação da Seguradora de ressarcir danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa.

10. No caso concreto, o acórdão recorrido aplicou corretamente o entendimento ora proposto, razão pela qual deve ser mantido.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, cumprimento os ilustres Advogados pelas brilhantes sustentações produzidas. Entendo que o voto do eminente Relator garante à seguradora o direito de verificar a culpa do segurado, em qualquer hipótese. Do contrário, haveria violação ao devido processo legal. No caso de demanda ajuizada sem a presença do segurado na lide contra a seguradora, haveria violação ao devido processo legal, de modo que acompanho integralmente Sua Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, também supero a preliminar e acompanho o voto do eminente Relator pelo aspecto processual, que é exatamente assegurar o contraditório e a ampla defesa, que seriam bastante dificultados com a presença apenas da seguradora no pólo passivo.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, concordo com a conclusão do voto do Sr. Ministro Relator e faço apenas ressalva quanto a

uma parte da fundamentação porque não considero que haja legitimidade para o ajuizamento da ação pela vítima contra a seguradora, mesmo que em litisconsórcio com o causador do dano.

Penso que não há relação jurídica de direito material entre a suposta vítima (autora) e a seguradora contratada pelo alegado autor do dano (apontada como ré na inicial). O contrato de seguro facultativo de responsabilidade civil visa à proteção do patrimônio do segurado, não se tratando de estipulação em favor de terceiro. Cabe ao segurado, reconhecendo a sua culpa pelo acidente, decidir se pretende acionar o seguro. Enquanto não o fizer, nada pode ser demandado, por terceiros, contra a seguradora, isoladamente ou em litisconsórcio passivo.

Assim, além do fundamento adotado por todos os colegas - cerceamento do direito de defesa da seguradora, se demandada solitariamente pelo terceiro lesado - adoto sobretudo o fundamento da inexistência de relação jurídica de direito material que enseje a legitimidade passiva e, portanto, o ajuizamento direto da ação contra a seguradora, seja isoladamente, seja em litisconsórcio com o segurado.

No caso anterior (REsp 925.130-SP) admiti que, havendo denúnciação da lide, e havendo sentença julgando procedente o pedido principal e julgando procedente a denúnciação da lide, poderia haver execução diretamente contra a seguradora, nos limites da apólice, porque considerarei que, na medida em que o réu, causador do dano, denuncia a lide à seguradora, está, na prática, acionando o seguro e pretendendo se valer da cobertura securitária. Não teria sentido lógico impedir a execução direta contra a seguradora, obrigando o segurado a primeiramente pagar para somente após ser ressarcido, ou promover sua própria execução contra seguradora. Ou, pior ainda, em caso de insolvência do segurado, deixá-lo persistir na condição de devedor de obrigação correspondente a risco que cuidara de prevenir, contratando e acionando o seguro tempestivamente.

Em síntese, acompanho o voto do relator, embora com ressalva de fundamentação.

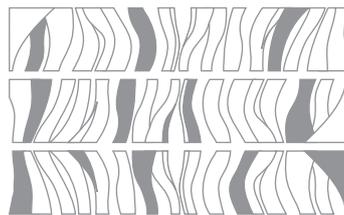
VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, cumprimentando os eminentes Advogados, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, e apenas observo que não há nenhuma contradição entre a conclusão a que ele chega e a decisão da Terceira Turma no Recurso Especial n. 1.245.618, de novembro do ano passado, que foi pinçado com muita competência pelos Advogados em seus memoriais, já que ali se tratava, como bem notado, aliás, pelo Sr. Ministro Relator, de uma situação em que a seguradora já havia previamente indenizado o dano parcialmente.

Numa ação posterior, o espólio da vítima pediu que ela indenizasse, então, uma parte dos danos materiais não indenizados, lucros cessantes, e também danos morais; daí por que as duas decisões não colidem, e essa observação é apenas para que não se perpetue essa imagem de que haveria, ali, uma contradição entre uma decisão da Terceira Turma e a decisão da Seção.



Súmula n. 530

SÚMULA N. 530

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Referências:

CC/2002, arts. 112, 122, 170, 406 e 591.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

(*)REsp	1.112.879-PR	(2ª S, 12.05.2010 – DJe 19.05.2010)
(*)REsp	1.112.880-PR	(2ª S, 12.05.2010 – DJe 19.05.2010) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	964.923-SC	(3ª T, 19.05.2011 – DJe 1º.08.2011)
AgRg no REsp	1.349.376-PR	(3ª T, 18.12.2012 – DJe 04.02.2013)
AgRg no REsp	1.284.863-SC	(3ª T, 08.10.2013 – DJe 14.10.2013)
AgRg no AREsp	393.119-MS	(3ª T, 08.04.2014 – DJe 15.04.2014)
AgRg no REsp	1.342.807-SP	(3ª T, 27.05.2014 – DJe 03.06.2014)
AgRg no Ag	1.417.040-RS	(4ª T, 18.10.2011 – DJe 26.10.2011)
AgRg no AREsp	140.298-MS	(4ª T, 07.08.2012 – DJe 15.08.2012)
AgRg no AREsp	360.562-RS	(4ª T, 22.10.2013 – DJe 30.10.2013)
AgRg no REsp	1.246.796-SC	(4ª T, 18.11.2014 – DJe 26.11.2014)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.112.880-PR (2009/0015834-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A

Advogados: Jose Augusto Araujo de Noronha e outro(s)

Luciano Correa Gomes e outro(s)

Recorrido: Construtora Porto Figueira Ltda

Advogado: Marcos Antônio de Oliveira Leandro e outro(s)

EMENTA

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS

1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

- Invertido, pelo Tribunal, o ônus da prova quanto à regular cobrança da taxa de juros e consignada, no acórdão recorrido, a sua abusividade, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.

- Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP n. 1.963-17/00 (reeditada sob o n. 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
Ônus sucumbenciais redistribuídos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, consolidou-se o entendimento de que:

1) Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo BACEN, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. 2) Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina, Paulo Furtado, Honildo Amaral de Mello Castro e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Presidente

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 19.5.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Trata-se de recurso especial interposto por Unibanco – União Brasileira de Bancos S.A., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/PR.

Ação: de revisão de contrato de cheque especial c/c repetição de indébito, ajuizada pela Construtora Porto Figueira Ltda., em face do Unibanco. Alegou que, no contrato firmado entre as partes, “*nunca houve a pactuação de qualquer taxa de juros ou encargos financeiros*”, mas apenas “*cláusulas contratuais que permitem ao Réu alterar unilateralmente as taxas de juros*” (fls. 03). Aduziu que, nos termos do art. 4º do Decreto 22.626/33, é vedada a prática do anatocismo e que os valores indevidamente pagos devem ser restituídos, de acordo com o art. 42, parágrafo único, do CDC.

Ao final, requereu que fosse: (i) estipulada a aplicação de juros remuneratórios de 12% (doze por cento) ao ano; (ii) excluída a capitalização dos juros em qualquer periodicidade; e (iii) devolvida, em dobro, a quantia indevidamente paga.

Sentença: julgou procedentes os pedidos formulados na inicial. Considerou que são “*nulas e, portanto, ilegais, as cláusulas que estabelecem a incerteza não só quanto à taxa de juros incidentes, como também quanto ao sistema da cobrança*” (fls. 372), razão pela qual reduziu os juros remuneratórios para 12% ao ano. Determinou a devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados, bem como a exclusão da capitalização dos juros.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrente, apenas para determinar que a restituição dos valores indevidamente cobrados se dê de forma simples. Confira-se a ementa:

“Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. Porte de remessa - Recolhimento posterior à interposição do recurso e pagamento do preparo - Mera insuficiência (CPC, art. 511, § 2º) - Possibilidade de intimação do apelante para suprir nulidade sanável (CPC, art. 515, § 4º) - Prosseguimento no julgamento da apelação. Nulidade de citação - Inocorrência - Pessoa jurídica - Teoria da aparência. Taxa de juros e capitalização - Apelante que não junta aos autos cópia do contrato e desiste da produção de prova pericial - Ausência de prova de que não praticou juros abusivos e nem capitalizou - Aplicação da regra do ônus da prova (CPC, art. 333, inc. II). Comissão de permanência - Taxa média de mercado - Incidência exclusiva para os períodos de inadimplemento. Cobranças indevidas - Restituição em dobro (CDC, art. 42, parágrafo único) - Relação de consumo não configurada - Não cabimento - Repetição dos juros no mesmo percentual pago. Recurso parcialmente provido.

I - Ao apelante não é dado inovar no juízo da apelação, não lhe sendo dado pedir o que não pedira em primeiro grau. “No procedimento superior, não se pode deduzir outra coisa nem mais” (Chiovenda).

II - A comissão de permanência deve ser fixada pela taxa média de mercado, respeitado o limite de juros pactuado” (fls. 440).

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente e pela recorrida, foram rejeitados (fls. 506/509).

Recurso Especial: interpostos pelo Unibanco, alega-se violação:

I – do art. 4º, VI e IX, da Lei 4.595/64 e dissídio jurisprudencial, pois os juros remuneratórios devem ser limitados à taxa média de mercado, quando não há prova da taxa de juros remuneratórios pactuada;

II – do art. 5º da MP 2.170-36/01 e dissídio jurisprudencial, porque é possível a capitalização de juros desde que pactuada.

Juízo Prévio de Admissibilidade: apresentadas as contrarrazões ao recurso especial às fls. 603/611, foi este admitido na origem (fls. 629/630).

Despacho de afetação (fls. 636/367): considerando a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito e o disposto no art. 2º, § 1º, da Resolução 08/STJ, afetei à 2ª Seção o julgamento do presente recurso especial e do REsp 1.112.879/PR, para os efeitos do art. 543-C do CPC.

Determinei a expedição de ofícios ao Presidente do STJ, aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com cópia do acórdão recorrido e da petição de interposição do recurso especial, comunicando a instauração do aludido procedimento, para que suspendam o processamento dos recursos especiais que versem sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios devidos em contratos bancários, desde que não haja prova da taxa pactuada ou a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado.

Manifestaram-se, nos termos do art. 3º, I, da Resolução 8/2008 do STJ, a Defensoria Pública da União (fls. 655/662), o Bacen (fls. 664/676) e a Febraban (fls. 678/696). O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC -, entretanto, não se manifestou, apesar de ter sido notificado (fls. 742).

Parecer do Ministério Público Federal: por fim, o Ministério Público Federal opinou às fls. 737/741 - em parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Dr. Pedro Henrique Távora Niess - pela parcial procedência do especial, para limitar aos juros remuneratórios à taxa média de mercado e não em 12% (doze por cento) ao ano.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora):

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

A natureza do procedimento do art. 543-C do CPC visa unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos.

No despacho que instaurou o incidente do processo repetitivo, determinei que fosse suspenso o processamento dos recursos especiais que “*versem sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios devidos em contratos bancários, desde que (i) não haja prova da taxa pactuada ou (ii) a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado*” (fls. 636).

Quanto à possibilidade de capitalização mensal dos juros trazida no especial, esse tema será apreciado apenas no exame do recurso representativo, em face da afetação dos REspS 1.046.768/RS, 973.827/RS, 1.003.530/RS, para os efeitos do art. 543-C do CPC.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

JUROS REMUNERATÓRIOS

No julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.061.530/RS, de minha relatoria, 2ª Seção, DJe de 10/03/2009, adotaram-se as seguintes orientações quanto aos juros remuneratórios:

a) as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) é admitida, em relações de consumo, a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto.

Todavia, no referido julgamento, não foi abordada a legalidade da cobrança de juros remuneratórios devidos em contratos bancários, quando não há prova

da taxa pactuada ou a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado. Dessarte, passa-se a analisar essa questão, nos termos do art. 543-C do CPC.

JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE - ART. 543-C, § 7º, DO CPC

TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS

A 2ª Seção desta Corte pacificou o entendimento de que é nula a cláusula contratual que prevê a incidência de juros remuneratórios, sem precisar a respectiva taxa, visto que fica ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. A fixação dos juros, porém, não fica adstrita ao limite de 12% ao ano, mas deve ser feita segundo à taxa média de mercado nas operações da espécie.

A maioria dos Ministros que compõem esta 2ª Seção já teve a oportunidade de apreciar o tema, conforme se verifica dos seguintes julgados:

APLICAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO		
Relator	Julgado	Órgão
Aldir Passarinho Junior	AgRg no REsp 1.068.221/PR – DJe 24/11/2008	4ª Turma
João Otávio de Noronha	AgRg no REsp 1.003.938/RS – DJe 18/12/2008	4ª Turma
Luis Felipe Salomão	AgRg no REsp 1.071.291/PR – DJe 23/03/2009	4ª Turma
Massami Uyeda	REsp 1.039.878/RS – DJe 20/06/2008	3ª Turma
Nancy Andrichi	AgRg no REsp 1.050.605/RS – DJe 05/08/2008	3ª Turma
Paulo Furtado	AgRg no Ag 761.303/PR – DJe 04/08/2009	3ª Turma
Sidnei Beneti	AgRg no REsp 1015238/RS – DJe 07/05/2008	3ª Turma
Vasco Della Giustina	EDcl no Ag 841.712/PR – DJe 28/08/2009	3ª Turma
Fernando Gonçalves	AgRg no REsp 1.043.101/RS – DJe 17/11/2008	4ª Turma

Traçando o histórico dos julgamentos promovidos pelo STJ sobre a matéria, nota-se que o precedente uniformizador da jurisprudência é o REsp 715.894/PR, de minha relatoria, 2ª Seção, DJ de 19/03/2007, assim ementado:

"Direito bancário. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Juros remuneratórios. Previsão em contrato sem a fixação do respectivo montante. Abusividade, uma vez que o preenchimento do conteúdo da cláusula é deixado ao arbítrio da instituição financeira (cláusula potestativa pura). Limitação dos juros à média de mercado (arts. 112 e 113 do CC/02). Art. 6º da LICC. Questão constitucional. Honorários advocatícios. Ação condenatória. Estabelecimento em valor fixo. Impossibilidade. Necessidade de observância da regra do art. 20, § 3º, do CPC.

- As instituições financeiras não se sujeitam ao limite de 12% para a cobrança de juros remuneratórios, na esteira da jurisprudência consolidada do STJ.

- Na hipótese de o contrato prever a incidência de juros remuneratórios, porém sem lhe precisar o montante, está correta a decisão que considera nula tal cláusula porque fica ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. A fixação dos juros, porém, não deve ficar adstrita ao limite de 12% ao ano, mas deve ser feita segundo a média de mercado nas operações da espécie. Preenchimento do conteúdo da cláusula de acordo com os usos e costumes, e com o princípio da boa fé (arts. 112 e 133 do CC/02).

- A norma do art. 6º da LICC foi alçada a patamar constitucional, de modo que sua violação não pode ser discutida em sede de recurso especial. Precedentes.

- Tratando-se de ação condenatória, os honorários advocatícios têm de ser fixados conforme os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 3º do CPC. Merece reforma, portanto, a decisão que os estabelece em valor fixo. Precedentes.

Recursos especiais da autora e do réu conhecidos e parcialmente providos."

Nesse precedente, declarou-se a nulidade da cláusula inserida em contrato de abertura de crédito em conta corrente que previa a incidência de juros remuneratórios sem definir a respectiva taxa, determinando-se a aplicação da taxa média de mercado em operações da espécie.

- Da fixação da taxa de juros remuneratórios.

A nulidade da cláusula em comento evidencia-se seja por abusividade (art. 51, X, do CDC) seja por ser potestativa (art. 122, do CC/02; 115 do CC/16). Assim, têm-se apenas duas possibilidades: (i) a primeira, é a de simplesmente extirpar a disposição do contrato, considerando não pactuados os juros remuneratórios (arts. 168, parágrafo único e 169, do CC/02); (ii) a segunda, seria a de estipular a taxa de juros a ser cobrada, segundo a intenção das partes, para ajustar a disposição nula, nos termos do art. 170 do CC/02.

A primeira hipótese, de se considerar não pactuados os juros, não deve prosperar, porque, mesmo quando não são previstos no contrato, a incidência dos juros se presume nos empréstimos destinados a fins econômicos, nos termos do art. 591 do CC/02, aplicável aos contratos firmados no período anterior à sua vigência, no que diz respeito à regência dos respectivos efeitos, de acordo com o art. 2.035 do CC/02 (REsp n. 691.738/SC). Conforme sustentei, juntamente com o Ministro Sidnei Beneti e a Desembargadora Vera Andrichi, ao analisar o art. 591 do CC/02 “*nos mútuos contratados com fins econômicos, o mutuário recebe o empréstimo, sob o compromisso de restituí-lo, juntamente com uma remuneração ao mutuante, chamada de juros, prevalecendo tal regra mesmo naquelas hipóteses em que as partes silenciaram sobre a retribuição ao empréstimo*”. Vale dizer que “*as partes que queiram contratar gratuitamente mútuo com fins econômicos só poderão fazê-lo se, por cláusula expressa, excluírem a incidência de juros*”. (**Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp 156-157).

Assim, o caminho é o da segunda hipótese, ou seja, deve-se preencher a omissão do contrato, em relação aos juros que deixaram de ser previstos na disposição reputada lacunosa. A partir daí, surgem dois desdobramentos possíveis: a) perquirir se há previsão legal para o limite de juros, na espécie, ou b) caso não haja esse limite legal, deve-se proceder à integração do contrato, de acordo com a vontade presumida das partes.

Nos termos da jurisprudência do STJ, não há previsão legal que limite os juros remuneratórios para as operações realizadas por instituições financeiras. Nesse sentido, entre outros, é o Recurso Especial Repetitivo n. 1.061.530/RS, de minha relatoria, 2ª Seção, DJe de 10/03/2009.

Assim, ante a ausência de dispositivo legal indicativo dos juros aplicáveis, torna-se necessário interpretar os negócios jurídicos, tendo em vista a *intenção* das partes ao firmá-los, de acordo com o art. 112 do CC/02. Essa intenção, nos termos do art. 113, deve ter em conta a *boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato*.

A jurisprudência do STJ tem utilizado para esse fim a taxa média de mercado. Essa taxa é adequada, porque é medida segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa o ponto de equilíbrio nas forças do mercado. Além disso, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um *spread* médio.

A adoção da taxa média de mercado ganhou força quando o Banco Central do Brasil passou, em outubro de 1999, a divulgar as taxas médias,

ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (conf. Circular n. 2.957, de 30.12.1999).

As informações divulgadas por aquela autarquia, as quais são acessíveis a qualquer pessoa por meio da Internet (conforme <http://www.bcb.gov.br/?ecoimpom>; ou <http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>, acesso em 07.04.2010), são agrupadas de acordo com o tipo de encargo (prefixado, pós-fixado, taxas flutuantes e índices de preços), com a categoria do tomador (pessoas físicas e jurídicas) e com a modalidade de empréstimo realizada (*hot money*, desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida, financiamento imobiliário, aquisição de bens, 'vendedor', cheque especial, crédito pessoal, entre outros).

Dessarte, nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen. Esses são os usos e costumes, e é essa a solução que recomenda a boa-fé.

Ressalta-se que a taxa média somente não deverá prevalecer nas hipóteses em que o efetivo índice praticado pelo banco se mostrar inferior a ela e, portanto, mais vantajoso para o cliente.

É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Dessa forma, nas hipóteses em que não houver a divulgação pelo Bacen da taxa média relativa a um contrato específico, nada impede o juiz de acolher, com base em regras de experiência, a média adotada pelo mercado em contratos similares.

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Dessa forma, no que diz respeito aos juros remuneratórios, a 2ª Seção do STJ consolida o entendimento de que:

a) nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

b) em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

I – Dos juros remuneratórios (violação do art. 4º, VI e IX, da Lei 4.595/64, e dissídio jurisprudencial).

Na hipótese dos autos, trata-se de ação de revisão de cláusula contratual, decorrente de contrato de cheque especial, que previu a incidência de juros remuneratórios, sem precisar a respectiva taxa, na qual requer a declaração de nulidade de tal cláusula.

O acórdão recorrido concluiu, mediante análise do substrato fático-probatório do processo, que o banco “*não logrou demonstrar que o contrato continha estipulação da taxa de juros e que esta não era abusiva*” (fls. 460), consignando que ele “*não se preocupou em provar suas alegações, pois deixou de juntar o contrato requerido (f. 292) e desistiu da produção da prova pericial que havia requerido (f. 305)*” (fls. 449v). Por isso, o TJ/PR limitou os juros remuneratórios em 12% ao ano, entendendo ser essa a taxa legal.

A partir daí, extraem-se duas consequências: a) impôs-se ao banco o ônus de produção de provas; b) considerou-se não demonstrada a regularidade quanto ao montante dos juros cobrados.

A ausência de juntada do contrato, pela instituição financeira, não obstante tenha sido a ela imputado o respectivo ônus, tornou impossível a comprovação dos juros remuneratórios praticados.

Nessa hipótese, o reconhecimento da abusividade na cobrança dos juros conduz à aplicação da taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen.

II – Da capitalização dos juros (violação do art. 5º da MP 2.170-36/01, e dissídio jurisprudencial).

Nos termos da iterativa jurisprudência do STJ, é admitida a capitalização de juros, inclusive em periodicidade inferior à anual, nos contratos de mútuo bancário, desde que esteja pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000. Nesse sentido: REsp 602.068/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Seção, DJ 21/03/2005; e AgRg no Ag 882.861/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJ 11/02/2008.

A esse respeito, o acórdão recorrido assentou que houve capitalização de juros e que o recorrente não juntou aos autos o contrato firmado entre as partes (fls. 449). Dessa forma, não demonstrada a expressa pactuação da capitalização dos juros, é de afastar a sua incidência.

Ademais, a alegação do recorrente, de que não houve capitalização de juros, não merece prosperar, pois alterar o decidido no acórdão impugnado exige o reexame de fatos e provas, procedimento vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do Recurso Especial e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para determinar a incidência da taxa média de mercado aos juros remuneratórios.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados esses no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), que serão reciprocamente distribuídos e suportados na proporção de 50% pelo recorrente e de 50% pela recorrida, e devidamente compensados, conforme a Súmula 306/STJ.

É o voto.



Súmula n. 531

RECURSO ESPECIAL N. 1.094.571-SP (2008/0215442-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: J C Ferrari e Companhia Ltda

Advogado: Paulo Roberto Brunetti e outro(s)

Recorrido: Oswaldo Murari Filho

Advogado: Palma Regina Murari e outro(s)

Interes.: ANFAC - Associação Nacional das Sociedades de Fomento
Mercantil - Factoring - “Amicus Curiae”

Advogado: José Luís Dias da Silva e outro(s)

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP - “Amicus Curiae”

Advogado: Eduardo Talamini e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. DISPENSA DA MENÇÃO À ORIGEM DA DÍVIDA.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.

2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para anular as decisões de primeira e segunda instâncias para que o feito tenha regular prosseguimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: “Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”. Os Srs.

Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 14.2.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. J. C. Ferrari & CIA Ltda ajuizou em face de Oswaldo Murari Filho, em 11 de outubro de 2002, ação monitória instruída por cártula de cheque, emitida pelo réu em 22 de dezembro de 2000, no valor de R\$ 486,00 (quatrocentos e oitenta e seis reais).

O Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto - SP, por entender ser “o ônus da prova positiva do direito do requerente-embargado” e que a inicial ressente de elemento demonstrador da *causa debendi* originária do débito expresso na cártula, indeferiu a inicial, extinguindo o feito monitório, “por falta de interesse de agir e ausência de pressuposto válido e regular, ante ausência de declaração e propósito, que deveriam ter sido manifestados já com a inicial (para possibilitar ampla defesa e abertura de dilação probatória) de demonstração da “*causa debendi*” que originara o débito apontado, indispensável à propositura da demanda, prejudicados os embargos, juridicamente desnecessários”.

Interpôs a autora apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

MONITÓRIA. CHEQUE. OMISSÃO QUANTO À ORIGEM DO DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. AÇÃO MONITÓRIA VIA INADEQUADA. ADMISSIBILIDADE DO DECISÓRIO SINGULAR. IMPRESCINDÍVEL A ANÁLISE DA ORIGEM DO DÉBITO SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RECURSO IMPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Interpôs a autora recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, sustentando divergência

jurisprudencial, omissão, contradição, obscuridade e violação aos artigos 535 e 1.102a do Código de Processo Civil.

Afirma que o acórdão recorrido violou o artigo 1.102a do CPC e, contrariando a orientação da Súmula 229/STJ, assentou ser necessária a comprovação da causa subjacente à emissão da cártula de cheque para admissibilidade da ação monitória.

Em contrarrazões, afirma o recorrido que: a) não se pode admitir o manejo de ação monitória para se reconhecer executividade de título prescrito; b) há necessidade de demonstração, pelo autor, da causa da dívida; c) o cheque prescrito que instrui a inicial não tem o condão de explicitar o crédito que o autor afirma ter; d) em momento algum reconheceu haver relação negocial entre as partes; e) o recorrente pretende o reexame de provas.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos à Corte Superior e, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito à apreciação da Egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o artigo 543-C do CPC, determinando a ciência - facultando-se-lhes manifestação no prazo de quinze dias (art. 3º, I, da Resolução n. 08/2008) -, à Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, à Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - ANFAC e ao Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

A Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - ANFAC, como *amicus curiae*, opina, com base em parecer de José Roberto dos Santos Bedaque, pelo reconhecimento do “cheque não dotado de executividade como prova escrita apta a fundamentar pedido de tutela monitória” (fls. 225-252 e-STJ).

O Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, como *amicus curiae* propõe as seguintes soluções, no que tange à admissibilidade de ação instruída por cheque: a) “no prazo de seis meses contados da apresentação, o cheque tem eficácia de título executivo - cabendo ação de execução fundada em título extrajudicial”; b) “no prazo subsequente, de dois anos contados da prescrição da força executiva, o cheque mantém-se com atributos cambiários (notadamente a característica da abstração)”, não servindo para aparelhar execução, todavia prescindido para sua cobrança em Juízo, tanto por ação comum de conhecimento quanto de ação monitória, da descrição da origem da dívida; c) exaurido o prazo previsto no artigo 61 da Lei do Cheque, cabe ao autor narrar na petição inicial, como causa de pedir, os fatos que levaram à constituição e

exigibilidade do crédito pretendido, servindo o cheque como prova dessa versão fática apresentada.

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 270-273, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que viesse a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Note-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. FATO NOVO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. “Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte” (AgRg no REsp 1.039.457/RS, 3ª Turma, Min. Sindei Beneti, DJe de 23/09/2008).

2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1.047.725/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008)

3. A primeira questão controvertida consiste em saber se o cheque, à luz do artigo 1.102a do Código de Processo Civil, mesmo prescrito, é prova hábil a instruir ação monitória.

O acórdão recorrido dispôs:

Trata-se de ação monitória onde os seus títulos embaixadores, pela ocorrência da prescrição, perdem os princípios cambiariformes não passando, portanto, de provas documentais ordinárias.

Em assim sendo, a origem do suposto débito é imprescindível de análise junto aos documentos eventualmente apresentados com a única finalidade de evitar o locupletamento ilícito de qualquer das partes.

O instituto monitório foi criado com a finalidade de disponibilizar um procedimento mais célere que viabilizasse aos credores, detentores de documentos sem natureza executiva, a obtenção do reconhecimento judicial de sua exequibilidade.

Entretanto, não se pode desvirtuar a finalidade originária de sua criação que não foi outra senão a de evitar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.

Desta forma, imprescindível se faz o esclarecimento da origem do débito reclamado uma vez que, não possuindo os documentos força executiva, deve somente o legítimo credor exigir o adimplemento contratual originado entre as partes.

Admitir que o mero portador de documentos sem eficácia executiva possa vir a obtê-la pela via monitória seria desnaturar o instituto permitindo e legitimando o enriquecimento ilícito.

Inadequada, portanto, a via processual eleita para a lide em tela nada impedindo, no entanto, eventual ajuizamento de ação de conhecimento para eventual apuração de relação jurídica entre as partes.

Não se pode deslembrar que a omissão da relação jurídica embaixadora do débito cobrado afronta cabalmente o direito à ampla defesa uma vez que não proporciona ao demandado a exatidão do objeto da lide ajuizada. (fl. 112)

3.1. A denominada “Reforma do Código de Processo Civil”, por meio da edição de sucessivas leis processuais introduziu significativas alterações no sistema processual brasileiro, inclusive o procedimento monitório, com o intuito de promover a celeridade processual.

No Brasil, adotou-se o procedimento monitório documental, que ao contrário do puro, necessita de prova documental a demonstrar o fato constitutivo do direito do autor.

Nesse diapasão, a Lei 9.079/95 introduziu no Código de Processo Civil (artigos 1102-A, 1.102-B e 1.102-C do CPC) o procedimento monitório-há muito empregado por países europeus -, de possível utilização por aquele portador de “prova escrita” que pretenda soma em dinheiro, coisa fungível ou

determinado bem móvel propiciando a célere formação do título executivo, com base em documento(s) que permita(m) exsurgir um juízo de probabilidade acerca do alegado crédito do autor.

Com efeito, a prova hábil a instruir a ação monitória, isto é, apta a ensejar a determinação, em cognição sumária, da expedição do mandado monitório, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, precisa ter forma escrita e ser suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado.

De fato, para admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor.

Esta é a lição da doutrina:

A pretensão à constituição de título judicial, deduzida no monitório, há de se fundar em prova pré-constituída. Não se cuida de um documento único, nem sequer de documento emanado do próprio devedor, mas de conjunto, formado pela prova documental produzida com a inicial, que permita ao juiz forma um juízo positivo liminar quanto à existência do crédito. Desse modo, admitem-se documentos forjados pelo próprio credor. Essa afirmativa deve ser entendida nos devidos termos. Logo acode à mente o documento em que o próprio credor declara que alguém se obrigou a pagar-lhe certa quantia. É claro que esse hipotético documento é inidôneo.

Mas há outros documentos que preenchem o requisito, apesar da sua origem.

[...]

Percebeu o alcance da exigência, no essencial, o seguinte julgado do STJ: “Uma das características marcantes da ação monitória é o baixo formalismo predominante na aceitação dos mais pitorescos meios documentais, inclusive daqueles que seriam naturalmente descartados em outros procedimentos. O que interessa, na monitória, é a possibilidade de formação da convicção do julgador a respeito de um crédito, e não a adequação formal da prova apresentada a um modelo pré-definido, modelo este muitas vezes adotado mais pela tradição judiciária do que por exigência legal.” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 1.560 e 1.561)

5. *Prova documental*: A petição inicial deverá vir instruída com a prova documental, podendo o autor apresentar dois ou mais documentos escritos, se a insuficiência de um puder ser suprida por outro; ou até mesmo se valer de

documento proveniente de terceiro, desde que este e aqueles tenham aptidão para demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolva autor e réu e, ainda, para atestar a exigibilidade e a liquidez da prestação. Por outras palavras, deve ser considerado documento hábil, a respaldar a pretensão à tutela monitória, aquele produzido de forma escrita e dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse sido utilizado no processo de cognição plena. (MARCATO, Antonio Carlos (Org.). Código de Processo Civil Interpretado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2.645)

3.2. Em sequência, é imperiosa a análise específica acerca da “prova escrita” apresentada pelo autor da presente ação de procedimento monitório, consubstanciada em cártula de cheque prescrito.

O cheque, ordem de pagamento à vista, tem por função extinguir a obrigação causal que ensejou sua emissão, sendo, em regra, *pro solvendo*, de modo que, salvo pactuação em contrário, só extingue a dívida, isto é, a obrigação que o título visa satisfazer consubstanciada em pagamento de importância em dinheiro, com o seu efetivo pagamento.

Dessarte, a menos que exista pactuação expressa prevendo que a cártula terá efeito *pro soluto*, a regra é que o cheque não opera novação, subsistindo a obrigação concernente ao débito que decorre do negócio jurídico subjacente.

Esta é a lição da abalizada doutrina:

O cheque é uma ordem de pagamento à vista, sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos depositados pelo sacador em mãos do sacado ou decorrente de contrato de abertura de crédito entre ambos. O elemento essencial do conceito de cheque é a sua natureza de ordem à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes.

[...]

O pagamento feito por cheque tem efeito *pro solvendo*, ou seja, até a sua liquidação, não se extingue a obrigação a que se refere. Desta forma, o pagamento de aluguel por cheque sem fundos não impossibilita a retomada do bem locado, ainda que eventual quitação fornecida pelo locador não faça menção ao cheque.

[...]

As partes, no entanto, podem pactuar que o pagamento de determinada obrigação por cheque tenha efeito *pro soluto*, hipótese em que restará ao credor da obrigação apenas um direito cambial no caso de o cheque não ser liquidado por insuficiência de fundos. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 308 e 318)

No caso, o demandado, ora recorrido, consta como emitente do cheque “à ordem” nominal à autora, estampando a importância de R\$ 486,00 (quatrocentos e oitenta e seis reais), em consonância com a quantia requerida na inicial.

Nesse passo, é bem verdade que a Súmula 299/STJ (“É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”) pacificou a matéria. Anota Araken de Assis que, antes mesmo da edição do enunciado sumular, essa já era a posição da doutrina especializada majoritária:

A prescrição da pretensão cambiária e executiva do cheque não impede o emprego da ação monitória. Essa controvertida questão recebeu solução favorável, no âmbito da doutrina especializada, posteriormente transformada no verbete n. 299, do STJ, *in verbis*: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”.

[...]

No sentido da doutrina majoritária, *vide* Francisco Fernandes de Araújo, *Ação Monitória*, p. 45; Flávia Machado da Silva, *Análise sistemática da ação monitória no direito brasileiro*, p. 36; Antônio Raphael Silva Salvador, *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*, p. 21; Elaine Harzheim Macedo, *Do procedimento monitório*, n. 7.3, p. 135; Eduardo talamini, *Tutela monitória*, p. 262-269; José Rodrigues de Carvalho Netto, *Da ação monitória*, p. 71; José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitória*, p. 61; Celso Anicet Lisboa, *A utilidade da ação monitória*, p. 46; Antonio Carlos Marcato, *O processo monitório brasileiro*, n. 13.2.2, p. 65; Ernane Fidélis dos Santos, *Ação monitória*, n. 30, p. 69. (ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191)

3.3. Apenas a título de registro, cabe esclarecer que mesmo o cheque endossado - meio cambiário próprio para transferência dos direitos do título de crédito, que se desvincula da sua causa, conferindo ao endossatário as sensíveis vantagens advindas dos princípios inerentes aos títulos de crédito, notadamente o da autonomia das obrigações cambiais -, confere, em benefício do endossatário, ainda em caso de endosso póstumo, nos termos do artigo 27 da Lei do Cheque, os efeitos de cessão de crédito:

O título de crédito nasce para circular e não para ficar restrito à relação entre o devedor principal e seu credor originário. Daí a preocupação do legislador em proteger o terceiro adquirente de boa-fé para facilitar a circulação do título.

[...]

O endosso é meio cambiário próprio para operar a transferência dos direitos decorrentes dos títulos de crédito, sendo a transmissão da letra de câmbio e da nota promissória regrada pelos arts. 11 a 20 do Decreto n. 57.663, de 24.1.66, que

não foram objeto de reserva. A Lei n. 7.357, de 2.9.85 disciplina a transmissão do cheque nos arts. 17 a 28.

[...]

Não se esqueça que o endosso não é o único meio que viabiliza a transferência do título de crédito porque pode ocorrer por outros meios. O endosso corresponde a ato abstrato por que se desvincula da sua causa...

[...]

O art. 914 do CCB de 2002 estabelece que [...]. Todavia, tal dispositivo não se aplica aos títulos de crédito regrados por lei especial que disponha em sentido contrário (art. 903).

[...]

3. *Forma de endosso.* A transferência do título de crédito após o protesto ou o decurso do prazo legal reveste-se da *forma de endosso* porque apenas seus efeitos de cessão. Quando a legislação cambiária quer adotar a forma de cessão para a transmissão do título, ela o determina expressamente, como no caso da cláusula não à ordem (LUG, art. 11, al. 2ª, e LC, art. 17, § 1º). Assim, existindo cláusula não à ordem, o título só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão (vide item VI supra), enquanto o endosso póstumo tem forma de endosso, mas produz efeitos de cessão, ou seja, *corresponde à cessão... Tendo o endosso tardio a forma de endosso, a sua validade em relação ao devedor independe da sua notificação, não se aplicando, portanto, a norma do art. 290 do CCB de 2002.*

O endosso póstumo não descaracteriza o documento como título de crédito... *Observe-se ainda que, embora produza efeitos de cessão, o endosso tardio não desfigura o endossatário como portador legítimo do título, porque o art. 16, al. 1ª, da LUG, e o art. 22 da LC não estabelecem distinção entre endosso tempestivo e endosso tardio.* A diferença principal consiste em que o endossatário tempestivo adquire direito autônomo, enquanto o endossatário póstumo adquire direito derivado, mas isto não afeta a sua legitimação como portador do título, porque não deixa de adquirir os direitos dele decorrentes.

[...]

Disso decorre que os devedores podem opor ao adquirente do título eventual exceção que tenham em relação ao credor originário (CCB de 2002, art. 294... (ROSA JR, Luiz Emygdio Franco. **Títulos de Crédito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, ps. 215- 222, 256, 257 e 258)

Por outro lado, e também apenas como registro, como o aval é instrumento exclusivamente de direito cambiário, conforme iterativa jurisprudência do STJ, prescrita a ação cambiária, embora, em tese, seja possível o ajuizamento de ação causal em face do emitente, não existe pretensão a ensejar ação monitória em face do avalista, com base apenas na cártula:

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. AVALISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA.

I. Prescrita a ação cambiária, perde eficácia o aval, não respondendo o garante pela obrigação assumida pelo devedor principal, salvo se comprovado que auferiu benefício com a dívida, circunstância não registrada na espécie.

II. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.022.068/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 02/02/2009)

Ação monitória. Cheque prescrito. Avalista.

Prescrito o cheque, desaparece a relação cambial e, em consequência, o aval. Permanece responsável pelo débito apenas o devedor principal, salvo se demonstrado que o avalista se locupletou.

(REsp 200.492/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 21/08/2000, p. 123)

AÇÃO MONITÓRIA. BORDERÔ DE DESCONTO. AUSÊNCIA DE CAMBIARIEDADE. AVAL. INEXISTÊNCIA FORA DO TÍTULO. COBRANÇA QUE DEVE SER DIRECIONADA EXCLUSIVAMENTE CONTRA O DEVEDOR PRINCIPAL.

[...]

3. *O aval é instrumento exclusivamente de direito cambiário, não subsistindo fora do título de crédito ou cambiariforme ou, ainda, em folha anexa a este (art. 31 da Lei Uniforme). Com efeito, inexistindo a cambiariedade, no caso ora em exame, o aval não pode prevalecer, subsistindo a dívida apenas em relação ao devedor principal.*

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp 707.979/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. RESPONSABILIDADE DO AVALISTA.

I - Na linha dos precedentes desta Corte, prescrito cheque, desaparece a relação cambial e, em consequência o aval. Dessa forma, o avalista só responde pela dívida se provado o seu locupletamento.

II - A mesma orientação deve ser aplicada ao avalista de nota promissória prescrita, mesmo que ele seja também o representante legal da empresa devedora.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 849.102/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 02/09/2009)

4. A par disso, resta ser apreciado se, de fato, a ação monitória ajuizada em face do emitente, tendo por “prova escrita” cheque prescrito, sem descrição na exordial do negócio jurídico subjacente (relação fundamental), tem, por si só, o condão de inviabilizar a ampla defesa do sacador da cártula.

A autorizada doutrina, em lição que guarda estrita sintonia com a lei processual, propugna que, no procedimento monitório, tendo em vista o seu propósito de propiciar a celeridade na formação do título executivo judicial, a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa é feita em cognição sumária, havendo inversão da iniciativa do contraditório, cabendo ao demandado a faculdade de opor embargos, suscitando toda a matéria de defesa, visto que recai sobre ele o ônus probatório. Por todos, confira-se a lição de Humberto Theodoro:

Os principais Códigos europeus, diante dessa particular situação do credor munido de relativa certeza de seu direito, mas privado de título executivo extrajudicial, engendraram uma forma de *summária cognitio*, sem contraditório do devedor, em que à base de prova documental do credor, ou diante de determinadas relações jurídicas materiais, se permite ao juiz “o imediato pronunciamento de uma decisão, suscetível de constituir título executivo judicial”.

Ao lado do processo de execução e do processo de cognição, em sua pureza, existe, portanto, um procedimento intermediário, de larga aplicação prática e de comprovada eficiência para abreviar a solução definitiva de inúmeros litígios: trata-se do procedimento monitório ou de injunção.

[...]

Por ele, consegue o credor, sem título executivo e sem contraditório com o devedor, provocar a abertura da execução forçada, tornando o contraditório apenas uma eventualidade, cuja iniciativa, ao contrário do processo de conhecimento, será do réu, e não do autor.

Assim, de acordo com este instituto, o credor, em determinadas circunstâncias pode pedir ao juiz, ao propor a ação, não a condenação do devedor, mas desde logo a expedição de uma ordem ou mandado para que a dívida seja saldada no prazo estabelecido em lei.

Tem o procedimento monitório “uma estrutura particular em virtude da qual, se aquele contra quem se propõe a pretensão não embarga, o juiz não procede a uma cognição mais que em forma sumária, e, em virtude dela, emite um provimento que serve de título executivo á pretensão e desse modo autoriza, em sua tutela, a execução forçada”.

[...]

Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento

monitório consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório.

[...]

Seu escopo especial “é de alcançar a formação de um título executivo sem que a ação de condenação seja exercitada nos moldes da cognição em contraditório”.

Difere, assim, do procedimento comum de cognição pela “preordenada ausência inicial do contraditório, a qual se tende a favorecer ou preparar a formação da declaração de certeza mediante preclusão”, na lição de Calamandrei.

[...]

No prazo estipulado para o pagamento, o devedor tem a opção entre embargar ou silenciar. Se adota a primeira alternativa, abre-se o contraditório, assumindo o procedimento a forma completa de cognição; caso contrário, por deliberação de plano do juiz, a ordem de pagamento se transforma em mandado executivo, com força de sentença condenatória trânsita em julgado. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, ps. 329-332)

Nesse mesmo diapasão é a iterativa jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL. ÔNUS DA PROVA. DEVEDOR. AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM TÍTULO PRESCRITO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Nos Embargos ajuizados em Ação Monitória, o ônus para desconstituir a prova apresentada pelo autor do pedido é do Embargante.

Precedentes.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.361.869/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE CHEQUE PRESCRITO POR AÇÃO MONITÓRIA. PROVA DA CAUSA *DEBENDI*. CONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.

1. Na cobrança de cheque prescrito por ação monitória, o credor não precisa provar a *causa debendi*.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a defesa de prescrição só pode ser conhecida em recurso especial caso atendido o requisito do prequestionamento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.158.386/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. COMPROVAÇÃO DA CAUSA *DEBENDI*. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no REsp 1.265.979/AL, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Processual Civil. Agravo no agravo de instrumento. Ação monitória. Súmula 83/STJ.

- Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.

- É inviável o recurso especial quando a decisão recorrida se orienta no sentido da jurisprudência assente neste STJ.

Agravo no agravo de instrumento não provido.

(AgRg no Ag 839.108/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 293)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE SEM EFICÁCIA EXECUTIVA. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. SÚMULA 299/STJ. IMPUGNAÇÃO. INICIAL. DESCRIÇÃO DE CAUSA *DEBENDI*. DESNECESSIDADE.

1. Súmula n. 299/STJ: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito".

2. Segundo o entendimento desta Superior Corte, o autor da ação monitória não está obrigado a indicar na petição inicial a origem da dívida expressa no título de crédito sem eficácia executiva. Nesse caso, o ônus da prova incumbe ao réu. Precedentes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(EDcl no AgRg no REsp 707.116/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 25/10/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA *DEBENDI*. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE, CONFERIDA AO RÉU, DE DEMONSTRAR A INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. SÚMULA 7 DO STJ. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA.

1. A teor da jurisprudência do STJ, na ação monitória fundada em cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.

2. Pela análise dos elementos fático-probatórios coligidos nos autos, o eg. Tribunal de origem entendeu que o réu se desincumbiu de seu ônus de provar a inexistência do débito. Alterar tal conclusão é inviável, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

3. A agravante não atacou os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para considerar a possibilidade de perquirir a origem dos cheques. Aplicação da Súmula 283 do Pretório Excelso: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

4. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a similitude fática entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único do art. 541 do CPC e dos parágrafos do art. 255 do RISTJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.143.036/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 31/05/2012)

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA EMBASADA EM CHEQUE PRESCRITO. VIABILIDADE. MENÇÃO AO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE. DESNECESSIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À MONITÓRIA DISCUTINDO O NEGÓCIO QUE ENSEJOU A EMISSÃO DO CHEQUE. POSSIBILIDADE.

1. O cheque é ordem de pagamento à vista, sendo de 6 (seis) meses o lapso prescricional para a execução após o prazo de apresentação, que é de 30 (trinta) dias a contar da emissão, se da mesma praça, ou de 60 (sessenta) dias, também a contar da emissão, se consta no título como sacado em praça diversa, isto é, em município distinto daquele em que se situa a agência pagadora.

2. Se ocorreu a prescrição para execução do cheque, o artigo 61 da Lei do Cheque prevê, no prazo de 2 (dois) anos a contar da prescrição, a possibilidade de ajuizamento de ação de locupletamento ilícito que, por ostentar natureza cambial, prescinde da descrição do negócio jurídico subjacente. Expirado o prazo para ajuizamento da ação por enriquecimento sem causa, o artigo 62 do mesmo Diploma legal ressalva a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança fundada na relação causal.

3. No entanto, caso o portador do cheque opte pela ação monitória, como no caso em julgamento, o prazo prescricional será quinquenal, conforme disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil e não haverá necessidade de descrição da *causa debendi*.

4. Registre-se que, nesta hipótese, nada impede que o requerido oponha embargos à monitória, discutindo o negócio jurídico subjacente, inclusive a sua eventual prescrição, pois o cheque, em decorrência do lapso temporal, já não mais ostenta os caracteres cambiários inerentes ao título de crédito.

5. Recurso especial provido.

(REsp 926.312/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL. CAUSA *DEBENDI*. INDICAÇÃO NA INICIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

- Na linha da orientação das Turmas da Segunda Seção, o cheque prescrito é prova suficiente a ensejar o ajuizamento de ação monitória, *pouco importando a origem da dívida*.

(REsp 419.477/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 199)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. EMBARGOS. PROVA DE INEXISTÊNCIA DA CAUSA *DEBENDI* REVISÃO IMPOSSÍVEL NO ÂMBITO DO STJ. SÚMULA N. 7.

I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.

II. Para a propositura de ações que tais é despicienda a descrição da causa da dívida. Todavia, opostos os embargos, abre-se amplo contraditório. Descaracterizado o crédito mediante o cotejo probatório realização nas instâncias ordinárias, impossível o seu reexame nesta Corte, em razão do óbice do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 471.392/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/12/2002, DJ 02/06/2003, p. 303)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA CONTRÁRIA QUE CABE AO RÉU. REVISÃO FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.

II. Apresentado pelo autor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito cabe ao réu.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 07 do STJ).

IV. Recurso especial conhecido pela divergência e desprovido.

(REsp 285.223/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2001, DJ 05/11/2001, p. 116)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. EMITENTE.

1 - Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que na ação monitoria, instruída com cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao réu (emitente) o ônus da prova da inexistência do débito.

2 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 537.038/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 22/08/2005, p. 281)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

- Na ação monitoria fundada em cheque prescrito, é suficiente a juntada do título, sendo do réu o ônus da prova da inexistência do débito.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 564.892/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 262)

AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO. ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA E DE INÉPCIA DA INICIAL. IMPROCEDÊNCIA DAS PRELIMINARES.

- Para o exercício da ação monitoria, cabe ao autor instruí-la com a prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo (art. 1.102a do CPC). Apresentado pelo credor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito incumbe ao réu (REsp n. 285.223-MG). Réu embargante que, no caso, não nega a emissão das cédulas, assim como a própria existência da dívida.

Recurso especial não conhecido

(REsp 440.653/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2002, DJ 17/03/2003, p. 237)

Recurso especial. Ação monitoria. Título de crédito. Cheque. Prescrição.

1. Sendo documento escrito comprobatório do débito, o cheque prescrito dá sustentação à ação monitoria, pouco importando a causa de sua emissão.

2. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(REsp 262.657/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2000, DJ 19/03/2001, p. 106)

Com efeito, de acordo com a jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, o autor da ação monitoria não precisa, na exordial, mencionar ou comprovar a

relação causal que deu origem à emissão do cheque prescrito, todavia nada impede o requerido, em embargos à monitória, discuta a *causa debendi*, cabendo-lhe a iniciativa do contraditório e o ônus da prova - mediante apresentação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ademais, a questão acerca do aventado prejuízo à ampla defesa, por decorrência da tutela diferenciada introduzida pela ação monitória, já foi dirimida em precedente deste Colegiado, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, relativo ao REsp 222.937/SP, assim ementado:

Processual Civil. Recurso Especial. Ação monitória. Reconvencção. Admissibilidade.

Segundo a *mens legis* os embargos na ação monitória não têm "natureza jurídica de ação", mas se identificam com a contestação. Não se confundem com os embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial, vez que, inexistente ainda título executivo a ser desconstituído.

Não pagando o devedor o mandado monitório, abre-se-lhe a faculdade de defender-se, oferecendo qualquer das espécies de respostas admitidas em direito para fazer frente à pretensão do autor.

Os embargos ao decreto injuncional ordinarizam o procedimento monitório e propiciam a instauração da cognição exauriente, regrado pelas disposições de procedimento comum. Por isso, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvencção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

A tutela diferenciada introduzida pela ação monitória, que busca atingir, no menor espaço de tempo possível a satisfação do direito lesado, não é incompatível com a ampla defesa do réu, que deve ser assegurada, inclusive pela via reconvencional.

Recurso provido, na parte em que conhecido.

(REsp 222.937/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2001, DJ 02/02/2004, p. 265)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Consultando, porém, a *mens legis* vê-se que os embargos na ação monitória não têm "natureza jurídica de ação", como ocorre nos embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial.

Estes embargos identificam-se com a contestação, até porque inexistente ainda título executivo a ser desconstituído. Não se confundem com os embargos do devedor. Eis que, estes têm natureza jurídica de ação incidental proposta finalisticamente com o objetivo de extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo.

Como os embargos representam defesa, e esta dirige-se contra o mandado injuncional, que se apoia na pretensão inicial, pode o embargante opor-se à pretensão do autor sob quaisquer espécie de resposta admitida em direito, inclusive por meio de reconvenção.

Ordinarizado o procedimento monitório, por força do disposto no art. 1.102c CPC, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvenção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

[...]

Esta amplitude de defesa remonta as origens da ação monitória.

Com efeito, na exposição de motivos do projeto de lei que reinstaurou a “ação monitória” em nosso ordenamento jurídico, há menção às suas raízes no direito luso brasileiro, em evidente referência à ação de assinação de dez dias ou ação decendiária.

Por este processo “o devedor é citado, *sine aliquo libello*, como diz Castro, e sob pena de imediata condenação, para dentro de um decêndio satisfazer o empenho contraído pelo escrito ajuizado, *ou alegar e provar pagamento ou qualquer outro fato que o releve de pagar*”.

À luz do Direito Comparado, outra não pode ser a conclusão adotada, pois a disciplina da ação monitória sofreu direta influência do moderno direito italiano. E neste, o procedimento injuncional foi considerado compatível com a reconvenção.

5. No que tange à tese suscitada pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, de que, à luz do disposto no artigo 61 da Lei do Cheque, “no prazo subsequente, de dois anos contados da prescrição da força executiva, o cheque mantém-se com atributos cambiários (notadamente a característica da abstração)”, prescindido para sua cobrança em Juízo, independentemente do rito do processo de conhecimento utilizado, da descrição da origem da dívida, embora relevante, é inviável sua apreciação, tendo em vista que não foi debatida pelas instâncias ordinárias, tampouco suscitada pelo recorrente.

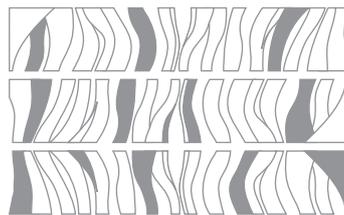
6. Assim, a tese a ser firmada para efeito do art. 543-C do CPC, que ora encaminho, é a seguinte:

“Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”.

7. No caso, o acórdão recorrido manteve o decidido na sentença, que julgou inepta a inicial da ação monitória ajuizada pela beneficiária do cheque

em face do emitente, de modo que dou parcial provimento ao recurso especial para anular as decisões de primeira e segunda instância para que o feito tenha regular prosseguimento, dando por superado o entendimento, perfilhado pelas instâncias ordinárias, de que a inicial é inepta, por não conter menção ao negócio jurídico subjacente.

É como voto.



Súmula n. 532

SÚMULA N. 532

Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa.

Referência:

CDC, art. 39, III.

Precedentes:

REsp	1.261.513-SP	(2ª T, 27.08.2013 – DJe 04.09.2013) – acórdão publicado na íntegra
REsp	1.297.675-SP	(2ª T, 27.08.2013 – DJe 04.09.2013)
REsp	1.061.500-RS	(3ª T, 04.11.2008 – DJe 20.11.2008)
AgRg no AREsp	152.596-SP	(3ª T, 15.05.2012 – DJe 28.05.2012)
AgRg no AREsp	105.445-SP	(3ª T, 12.06.2012 – DJe 22.06.2012)
REsp	1.199.117-SP	(3ª T, 18.12.2012 – DJe 04.03.2013)
REsp	514.358-MG	(4ª T, 16.03.2004 – DJ 03.05.2004)
AgRg no AREsp	33.418-RJ	(4ª T, 27.03.2012 – DJe 09.04.2012)
AgRg no AREsp	275.047-RJ	(4ª T, 22.04.2014 – DJe 29.04.2014)
EDcl no AREsp	528.668-SP	(4ª T, 19.08.2014 – DJe 26.08.2014)

Corte Especial, em 3.6.2015

DJe 8.6.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.261.513-SP (2011/0069522-9)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Banco Santander Banespa S/A

Advogado: Karen Cristina Ruivo e outro(s)

Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor

Procurador: Maria Bernadete Bolsoni Pitton e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. MULTA IMPOSTA PELO PROCON. ENVIO DE CARTÃO COM FUNÇÃO CRÉDITO SEM QUE TENHA SIDO SOLICITADA PELO CONSUMIDOR. ART. 39, INCISO III, DO CDC. CONDUTA ABUSIVA. MULTA. FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Os acórdãos recorridos - tanto da apelação quanto dos embargos de declaração juntados respectivamente às fls. 859/870 e 889/898 dos autos - se manifestaram de forma suficiente e fundamentada sobre todas as questões colocadas em Juízo, decidindo satisfatoriamente a controvérsia em exame. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da *quaestio*, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

2. Conforme analisado pela Corte de origem, a conduta constatada diz respeito ao fato de a parte recorrente ter enviado um “cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor”. Ou seja, o pedido do consumidor não disse respeito a um cartão de crédito múltiplo, tendo sido a conduta comprovada a partir dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos.

3. O art. 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor veda a prática de enviar ao consumidor produtos ou serviços não requeridos por ele. Nesse ponto, cai por terra a alegação da parte recorrente de que o cartão enviado estaria com a função crédito inativada, pois tal

argumento é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque, pelo o que consta do acórdão impugnado, o pedido da consumidora se restringiu a um cartão de débito, tão somente, não havendo registro de que tenha havido qualquer manifestação de vontade por parte dela quanto ao cartão múltiplo.

4. Há a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva. Precedentes: REsp 1.199.117/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/03/2013; AgRg no AREsp 152.596/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

5. O Tribunal a quo se manifestou acerca da legalidade nos critérios utilizados na fixação de penalidade e pela presença de motivação suficiente para a aplicação da multa de R\$ 158.240,00 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e quarenta reais). Assim, para análise da pretensão do recorrente, no sentido de que não houve fundamentação na aplicação dos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e motivação suficiente para a aplicação da multa, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula n. 7 desta Egrégia Corte.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e,

nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco.” A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 4.9.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por BANCO SANTANDER - BANESPA S/A -, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 861):

CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - A PROVA REQUERIDA PELA RECORRENTE PARA QUE SE AUFERISSE O FATURAMENTO DE UMA DAS EMPRESAS DO CONGLOMERADO BANESPA É INADMISSÍVEL, PORQUANTO O CARTÃO DE CRÉDITO FOI REMETIDO À CONSUMIDORA EM NOME DA EMPRESA-AUTORA, LOGO, O FATURAMENTO DEVE SER CONSIDERADO DESSA ÚLTIMA.

PRELIMINAR REJEITADA.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - A CONDUTA DA AUTORA AO ENVIAR CARTÃO DE CRÉDITO À CONSUMIDORA, SEM O PRÉVIO PEDIDO, CONFIGURA INFRAÇÃO AO ART. 39, III, DO CDC.

MULTA - FIXAÇÃO - O FATURAMENTO A SER CONSIDERADO EM ATENÇÃO A “CONDIÇÃO ECONÔMICA DO FORNECEDOR” (ART. 57, “CAPUT”, DO CDC), É O DA EMPRESA-APELANTE, E NÃO DE UMA SUA COLIGADA.

PENA PECUNIÁRIA - QUANTIFICOU DE CONFORMIDADE COM A LEI DE REGÊNCIA (CDC) E SEUS CRITÉRIOS.

RECURSO IMPROVIDO.

Apresentados embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 889/898).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alega violação ao art. 535 do CPC, aos artigos 39, inciso III, e 57 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 50, inciso II, da Lei n. 9.784/99.

Sustenta que o Tribunal a quo foi omissivo ao não se manifestar acerca dos seguintes pontos: (i) inexistência de conduta infracional, uma vez que se trata de cartão múltiplo, cujas funções são débito (movimentação da conta-corrente) e crédito (que dependia da ativação por parte da recorrente); (ii) art. 57 do Código de Defesa do Consumidor; (iii) artigo 50, inciso II, da Lei n. 9.784/99.

Aduz: (i) a ausência de conduta abusiva por parte do recorrente, uma vez que foi enviado ao consumidor cartão com função múltipla para a movimentação de sua conta (função débito), cuja função crédito só seria ativada por solicitação do cliente; (ii) a ausência de fundamentação aos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal, uma vez que foi desconsiderado o fato de inexistir dano ao consumidor, bem como a real condição econômica do fornecedor; (iii) a ausência de motivação suficiente para a aplicação da multa.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 971/983).

Decisão de admissibilidade do recurso especial (fl. 1.212).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial *sub examine* (fls. 1.235/1.241).

É o relatório, no que interessa à presente análise.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece acolhida.

Conforme relatado, em síntese, a parte recorrente aduz a ocorrência de violação aos seguintes dispositivos legais: (a) dos arts. 39, III e 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor; (b) do art. 535 do CPC; e, (c) do art. 50, II, da Lei n. 9.784/99.

É sobre tais pontos que trato a seguir no presente voto.

Em primeiro lugar, verifico que os acórdãos recorridos - tanto da apelação quanto dos embargos de declaração juntados respectivamente às fls. 859/870 e 889/898 dos autos - se manifestaram de forma suficiente e fundamentada sobre todas as questões colocadas em Juízo, decidindo satisfatoriamente a controvérsia em exame. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da *questio*, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

Em segundo lugar, quanto à falta de enquadramento da conduta como prática abusiva, o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 864/865):

[...]

Ora, a prova dos autos (fls. 480) é no sentido de que a apelante enviou correspondência ao consumidor, comunicando-lhe o envio de cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor.

A conduta que infringia o art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor, foi devidamente comprovada através dos documentos e f s. 476, 477 e 480, porquanto foi enviado um cartão de crédito à consumidora, sem que esta o tivesse pedido.

Ora, constitui prática abusiva enviar ao consumidor, sem solicitação previa, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço, nos termos do art. 39, III, do CDC.

[...]

Conforme analisado pela Corte de origem no excerto acima transcrito, a conduta constatada diz respeito ao fato de a parte recorrente ter enviado um “cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor”. Ou seja, o pedido do consumidor não disse respeito a um cartão de crédito múltiplo, tendo sido a conduta comprovada a partir dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos.

Dispõe o art. 39, inciso III, do CDC, *in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994)

[...]

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

O Código de Defesa do Consumidor veda a prática de enviar ao consumidor produtos ou serviços não requeridos por ele.

Nesse ponto, cai por terra a alegação da parte recorrente de que o cartão enviado estaria com a função crédito inativada, pois tal argumento é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque, pelo o que consta do acórdão impugnado, o pedido da consumidora se restringiu a um cartão de débito, tão somente, não havendo registro de que tenha havido qualquer manifestação de vontade por parte dela quanto ao cartão múltiplo.

Assim, impõe-se seja reconhecida a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO.

1. O envio do cartão de crédito, ainda que bloqueado, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, caracteriza prática comercial abusiva, violando frontalmente o disposto no artigo 39, III, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1.199.117/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/03/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SAQUES E DESCONTOS NÃO AUTORIZADOS PELA CONSUMIDORA, EMISSÃO E ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO SEM SOLICITAÇÃO E INSCRIÇÃO NO CCF. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM PROFUSÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (R\$ 50.000,00). REPROVABILIDADE DA CONDUTA DA RÉ. PRÁTICA ABUSIVA TIPIFICADA (CDC. ART. 39, III). RAZOABILIDADE.

1.- Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que, ante as peculiaridades do caso, não ocorreu no presente feito.

2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 152.596/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012)

Em relação à fundamentação aos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e a ausência de motivação suficiente para a aplicação da multa de R\$ 158.240,00 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e quarenta reais), o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 866/870):

[...]

A questão relevante é a referente à pena base da multa e, para tanto, como afirmei da análise da preliminar - cerceamento de defesa -, retorno ao tema. A apelante, como já salientado, alega que a fixação da estimativa do Procon

(R\$50.000.000,00) é inadmissível, pois deveria ser levado em conta apenas o faturamento mensal da empresa coligada a ela que expediu o cartão de crédito. Contudo, sem razão, porquanto o cartão de crédito foi remetido à consumidora em nome da apelante, logo a “condição econômica da atuada” é que deve ser adotada, dessarte é preciso levar em conta o faturamento da empresa.

Ora, o art. 57 já referido determina que a condição econômica é um dos fatores para o cálculo da sanção pecuniária, para evitar que fornecedor de pequeno porte pague os mesmos valores estabelecidos para grandes empresas, como apelante.

A pena foi fixada no valor mínimo, razão pela qual não foi levado em conta em nenhum atenuante e tampouco as agravantes (fls. 536), e, em face a Portaria nQ 23/05, que determinou novos critérios para a fixação da multa (fls. 567), foi ela reduzida (fls. 569).

Finalmente, conforme bem ficou destacado a fls. 599, a autora não trouxe “aos autos qualquer documento hábil a comprovar o alegado, limitando-se a apresentar simples declaração de faturamento no corpo da manifestação e às fls. 113/114

O documento apresentado pela atuada não atende ao disposto no § 1º do art. 4Q da Portaria Normativa Procon nQ 23/05 e mesmo, considerando-se o que dispunha a Portaria Normativa Procon nQ 06/00 a simples declaração apresentada pela atuada não pode ser considerada documento hábil para comprovar que o valor estimado pela Fundação não se encontra correto.”

E, conforme analisado quando do exame da preliminar de cerceamento de defesa, a prova pericial requerida pela recorrente, e da forma como ela quer restringir o alcance do “faturamento” da empresa-atuada para uma simples agência, não é admissível, conforme retro fundamentado.

Com efeito, o objetivo principal da pena pecuniária é desestimular os infratores e, dessa forma, o valor somente teria sentido se forçasse a empresa infratora a evitar o cometimento de infração à Lei do Consumidor, pois se ela fosse quantitativamente menor provavelmente muitos empresários não teriam o coibir a prática de conduta contrária à lei em seus estabelecimentos.

O PROCON, conforme infere-se da leitura de sua defesa, adotou como parâmetro a condição econômica do fornecedor e a sua receita, sendo que a lei também deixou a cargo do administrador estabelecer como os três critérios (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica) iriam interagir no estabelecimento da pena. Não existe outro meio de se estabelecer essa interação a não ser por meio de uma fórmula aritmética pelo qual, inserindo-se os parâmetros, pudesse ser extraídos os limites concretos para a pena

A pena pecuniária estabelecida foi de conformidade com a lei, isto é, observou o princípio da proporcionalidade e de longe não tem o efeito confiscatório, como alegou a autora-apelante, mas tem por finalidade intimidar e desmotivar os fornecedores à prática das infrações ao Código de Defesa do Consumidor

Desta forma, a pena se mostra apta a atingir a sua função, qual seja, a de proteger os direitos básicos do consumidor, sendo imprescindível que ela efetivamente tenha um caráter intimidativo e desmotivador, a fim de coibir práticas abusivas e ilegais e compelir o fornecedor a gerenciar melhor o seu estabelecimento, estabelecendo-se uma regular relação de consumo

Ademais, conforme já decidido no Agravo de Instrumento nQ 592.911-5/0-001, "o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 57, *caput*, determina que a pena de multa deverá ser 'graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

A referida portaria estipula as multas a serem atribuídas a infrações à legislação do consumidor de acordo com os patamares previstos pela Lei 8.078/90, e a fixação dos valores das multas se divide em quatro grupos, de acordo com a gravidade da infração (arts. 1º e 2º). Estipula, outrossim, quais os métodos de apuração da vantagem auferida pelo fornecedor infrator (art. 3-), e ainda prevê que 'a condição econômica do fornecedor será auferida por meio de sua receita mensal média' (art. 4e). Vê-se, portanto, que a referida portaria está rigorosamente de acordo com as exigências do artigo 57, *caput*, do Estatuto do Consumidor, que traça os critérios a serem levados em conta na aplicação da pena de multa

Ademais, a utilização da receita média mensal do fornecedor para estipular o valor da multa atende precisamente aos critérios do princípio da proporcionalidade..."

De outro lado, em relação à vantagem auferida, esta foi considerada como sendo não apurada, o que favoreceu a recorrente já que não houve qualquer acréscimo em decorrência de tal fator. Por outro lado, somente poderia ser invalidada a pena sob este aspecto caso ficasse evidenciada a desproporção entre os meios empregados pelo administrador e os fins que a lei desejasse alcançar, o que, absolutamente, não é o caso dos autos

Logo, o Judiciário, sendo legal, razoável e proporcional a pena imposta ao fornecedor, não pode substituir o critério utilizado pela ré pelo do juiz, sob pena de vulneração do princípio da separação dos Poderes

[...]

Assim, para análise da pretensão do recorrente, no sentido de que não houve fundamentação na aplicação dos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e motivação suficiente para a aplicação da multa, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula n. 7 desta Egrégia Corte.

Salienta-se que a multa aqui aplicada diz respeito à infração às normas de defesa do consumidor - aqui entendido em seu sentido amplo que se refere

à coletividade de pessoas descrita no art. 2º, parágrafo único do CDC - e não o desrespeito a cláusula contratual *inter partes*. Nesse sentido, por ser de potencialidade lesiva mais ampla, entendo que os valores fixados devem ter parâmetros mais específicos do que aqueles levados em consideração tratando-se de danos individuais.

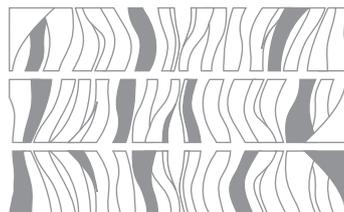
Tanto é assim que os valores arrecadados pelo PROCON não se revertem para a parte individualmente lesada, mas sim à coletividade em geral, vez que se revertem em entradas orçamentárias que serão utilizadas no aperfeiçoamento da proteção dos interesses difusos e coletivos envolvidos.

Feitas estas considerações, destaco que o valor da multa aplicada - cento e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais (fl. 79) - é proporcional e razoável à conduta infrativa praticada. Isso porque foram atendidos todos os requisitos estabelecidos tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto por seu regulamento de execução, os quais estabelecem todos os critérios que devem ser seguidos para a determinação do montante da reprimenda.

Ademais, foi dada à parte recorrente a oportunidade de se insurgir quanto a este tema, sendo certo que não o fez de maneira válida, uma vez que não apresentou os dados necessários para demonstrar a sua pretensão. Nesse ponto, registra-se que o cartão de crédito múltiplo enviado foi marcado com a bandeira da parte recorrente, não sendo plausível a alegação de que deve ser considerado como faturamento aquele da agência que constou no remetente da correspondência que continha o indigitado produto.

Assim, ante tudo quanto exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE e, nessa parte, NEGO PROVIMENTO ao RECURSO ESPECIAL.

É como voto.



Súmula n. 533

SÚMULA N. 533

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Referências:

CF/1988, art. 5º, XXXV.

CPC, art. 543-C.

Lei n. 7.210/1984, arts. 15, 16, 47, 48, 53, 54, 57, 59 e 118.

Precedentes:

(*)REsp	1.378.557-RS	(3ª S, 23.10.2013 – DJe 21.03.2014) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	1.251.879-RS	(5ª T, 17.12.2013 – DJe 19.12.2013)
HC	241.357-ES	(5ª T, 11.02.2014 – DJe 17.02.2014)
HC	281.014-RS	(5ª T, 20.02.2014 – DJe 27.02.2014)
HC	275.709-RS	(5ª T, 11.03.2014 – DJe 19.03.2014)
HC	165.200-RS	(6ª T, 20.03.2012 – DJe 09.04.2012)
HC	175.251-RS	(6ª T, 12.11.2013 – DJe 13.12.2013)
HC	247.874-RS	(6ª T, 08.04.2014 – DJe 24.04.2014)
HC	279.384-RS	(6ª T, 24.04.2014 – DJe 02.05.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.378.557-RS (2013/0128491-5)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Fabiano Cougo

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz, que dava provimento ao recurso especial.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 21.3.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça assim ementado (fl. 148):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. FUGA. AUSÊNCIA DE PAD. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE, COM IMPOSIÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA SEXTA CÂMARA CRIMINAL.

‘Não se aplica qualquer sanção judicial à falta disciplinar se não foi ela apurada em processo administrativo disciplinar. Mesmo que o art. 118 da Lei de Execuções Penais autorize o julgador a regredir o regime prisional do apenado, condiciona a referida providência a determinadas hipóteses, nenhuma delas atinentes ao caso dos autos, porquanto não se trata da prática de fato definido como crime doloso ou de condenação por delito anterior e o procedimento destinado a apurar a falta grave não foi instaurado. Embora o § 1º possibilite a gradação prisional negativa do condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto, exige o implemento das condições postas nos incisos do art. 118 da Lei de Execução Penal somadas à frustração dos fins da execução ou ao não pagamento, podendo, da multa cumulativamente imposta, o que não se verifica no caso presente, em especial no tocante aos incisos da norma legal mencionada.’ (Agravo n. 70043618628, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, julgado em 6/10/2011).

DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO, DESCONSTITUINDO A DECISÃO HOSTILIZADA.

RECURSO PREJUDICADO.

No presente recurso, o Ministério Público alega violação dos arts. 59 e 118, inciso I e parágrafo 2º, ambos da Lei de Execução Penal, bem como do art. 563 do Código de Processo Penal, sustentando, em síntese, que “tendo havido procedimento na esfera judicial, na qual o apenado foi assistido pela Defensoria Pública, prescinde-se de procedimento administrativo disciplinar para a apuração do cometimento de falta grave”, ressaltando-se, ainda, que “não se declara a nulidade de ato processual sem a comprovação de prejuízo, ônus que, na espécie, cabia à defesa” (fls. 162/171).

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 188/190.

Às fls. 215/216, admiti o presente recurso especial como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, em razão da multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria debatida, qual seja, a necessidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

No parecer de fls. 291/294, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame de mérito do presente recurso especial.

Conforme relatado, a questão debatida nos autos cinge-se em saber se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para fins de reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

O tema já foi objeto de debate em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior, perfilhando cada qual caminho diverso.

A Sexta Turma, a despeito de alguns precedentes em sentido contrário, possui entendimento no sentido de ser obrigatória a instauração do PAD, com a presença de defensor devidamente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a fim de se reconhecer o cometimento de falta grave no curso da execução.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO

DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, POR FALTA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DE DEFENSOR PÚBLICO, PARA ASSISTÊNCIA AO APENADO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

VI. Nos termos da jurisprudência da 6.^a Turma do STJ, em sintonia com a do Supremo Tribunal Federal, configura cerceamento de defesa não ser o apenado assistido por defesa técnica - advogado constituído ou defensor público nomeado -, no procedimento administrativo disciplinar, para fins de apuração de falta grave, tal como ocorrer, na espécie. Precedentes do STJ.

VII. Inaplicabilidade, no caso, da Súmula Vinculante n. 5, do STF - que dispõe que 'a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição' -, em face da distinta natureza do procedimento, instaurado para apurar o cometimento de falta grave, por réu condenado, com repercussão direta no direito de liberdade. Precedentes do STF (RE 398.269/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 15/12/2009).

VIII. 'Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP' (STF, RE 398.269/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2009).

IX. Tendo em vista a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, ora reconhecida, resta prejudicada a análise das demais arguições, concernentes ao efeito interruptivo, decorrente da prática de falta grave, e à perda dos dias remidos.

X. *Habeas corpus* não conhecido.

XI. Ordem concedida, de ofício, para anular o Procedimento Administrativo Disciplinar 101/2009, que resultou na aplicação da falta grave, em desfavor do paciente. (HC n. 171.364/RS, Relatora a Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 21/6/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PAD. IMPOSIÇÃO LEGAL. APENADO SEM ASSISTÊNCIA DE DEFENSOR LEGALMENTE CONSTITUÍDO. ADVOGADO DEVIDAMENTE INSCRITO NOS QUADROS DA OAB.

VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. PREJUDICIALIDADE DOS DEMAIS PEDIDOS.

1. A Sexta Turma deste Tribunal entende que - da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal - resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de procedimento específico, qual seja, procedimento administrativo disciplinar (PAD), indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

2. No caso, o apenado não foi assistido, na audiência realizada no PAD, por defesa técnica legalmente constituída - advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil -, portanto foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante a jurisprudência deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

3. Sendo declarada a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado, fica prejudicada a análise das demais questões, inclusive a suposta ausência de previsão legal no sentido de determinar o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.246.035/RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19/3/2012)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO COM A DEFESA TÉCNICA. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar, visto que a mens legis da norma de execuções penais foi justamente possibilitar o devido esclarecimento sobre o evento durante o procedimento, em perfeita concretização do princípio do devido processo legal, sendo que a sua exigência não apregoa um culto exagerado à forma, mas sim uma formalidade legal que deve ser seguida, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado.

2. Incabível o argumento de que a ausência de defesa técnica no PAD restou suprida pela oitiva do preso, acompanhado de defensor; pois, no afã por resultados e efetividade, poder-se-ia ignorar a segurança jurídica, de modo que a previsibilidade dos atos processuais pela sociedade seria, na melhor das hipóteses, mitigada.

3. A obrigatória oitiva prévia do apenado em caso de regressão definitiva do regime prisional (artigo 118, § 2º, da LEP) não basta por si só para a escorreita

apuração da falta disciplinar, eis que o processo administrativo disciplinar, em sendo mais abrangente, não se esgota na prática somente desse ato.

4. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

5. *Habeas corpus* concedido para, cassando o acórdão atacado, declarar nula a decisão que reconheceu a prática de falta grave - fuga - cometida pelo paciente, em tese, na data de 20.01.2009, bem como todos os efeitos dela decorrentes. (HC n. 165.200/RS, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, DJe 9/4/2012)

A Quinta Turma, por sua vez, vem sustentando a prescindibilidade da instauração de procedimento administrativo disciplinar, quando realizada a oitiva do apenado em Juízo, na presença do defensor e do membro do Ministério Público.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NULIDADE DO PAD. INEXISTÊNCIA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.176.486/SP. NOVO MARCO: DATA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.*

1. *'A jurisprudência desta Corte, interpretando o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, consolidou-se no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando que seja realizada audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório. Precedentes' (HC 200.458/RS, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 17/11/2011.)*

2. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (EREsp 1.176.486/SP, 3ª Seção, Rel. Min.

NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC n. 204.814/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 12/3/2013)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ACOMPANHAMENTO DO APENADO POR ADVOGADO. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N. 5/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Consoante asseverado na decisão objurgada, o moderno entendimento desta Corte Superior inclina no sentido de que a Lei de Execução Penal somente exige, para o reconhecimento da prática de falta grave, a oitiva judicial prévia do apenado, não reclamando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar.*

2. *Assim, prescindível a instauração de procedimento disciplinar, também é dispensável o acompanhamento do apenado por advogado, porquanto a garantia do contraditório e da ampla defesa, para todos os efeitos, a teor do art. 118, § 2º da LEP, é satisfeita com a realização de audiência de justificação prévia, devidamente realizada na espécie.*

3. *'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição'* (Enunciado da Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal).

4. *In casu*, conforme bem asseverado pelo Tribunal *a quo*, o agravado foi assistido por assessor jurídico da SUSEPE, bem como, na fase judicial, por defensor habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo, pois, qualquer nulidade relativa à inobservância do contraditório ou da ampla defesa.

5. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no Ag n. 1.404.811/RS, Relator o Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6/11/2012)

Realizando consulta na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, verifica-se a existência de julgados em ambos os sentidos, tanto pela imprescindibilidade do PAD, com a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado; quanto pela sua desnecessidade, na hipótese em que o apenado for ouvido em Juízo.

Não obstante os referidos julgados do Pretório Excelso, a maioria na via do *habeas corpus*, entendo, com a devida vênia, que a matéria discutida diz respeito eminentemente à interpretação da legislação infraconstitucional, sendo, portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988, da competência do Superior Tribunal de Justiça dar a última palavra acerca da questão controvertida.

Feita essa digressão, prossigo no exame da tese.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguindo a mesma linha da Sexta Turma desta Corte, no agravo em execução interposto pela defesa, decretou a nulidade da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais - que reconheceu a prática de falta grave, determinando a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios -, tendo em vista a ausência de instauração de procedimento administrativo disciplinar.

Os fundamentos foram assim consignados no acórdão recorrido (fls. 150/153):

O agravante está a cumprir sete (07) anos, nove (09) meses e quinze (15) dias de reclusão, soma de penas que lhe foram impostas em seis condenações. Iniciou em 4.2.2006, no regime semiaberto. Registrou cinco episódios de fuga. Por ocasião da última, após audiência de justificação, sobreveio decisão assim fundamentada:

(...) Apreciando o procedimento constato que as alegações do preso não justificam a fuga, pois tinha ciência de que não poderia retirar-se da casa em que recolhido, furtando-se ao cumprimento da pena que lhe foi cominada. Portanto, comprovada e não justificada a fuga, impõe-se o reconhecimento de falta grave, notadamente porquanto inexistente qualquer diferenciação legal entre a fuga do sistema prisional ou a burla ao sistema carcerário, consistente na não reapresentação, eis que nas duas hipóteses resta frustrada a execução penal. Menciono, ainda, que problemas familiares ou com a massa carcerária não justificam a conduta, mormente quando não há a imediata apresentação espontânea. De referir, por oportuno, que há reiteração de fugas no curso da execução (cinco), o que configura ausência de senso de responsabilidade e disciplina e desautoriza o cumprimento da reprimenda em regime menos gravoso. Isso posto, reconheço a falta grave, mas deixo de determinar a regressão à regime mais gravoso, porquanto o apenado já se encontra cumprindo pena em regime fechado. Declaro a alteração da data-base de benefícios para a data da recaptura (10.08.2011).
(...)

A defesa se insurge, a referir que a falta grave não restou caracterizada e, que a alteração da data-base carece de amparo legal. Pede reforma da decisão.

Tenho que razão lhe assiste, mas por fundamento diverso.

Explico.

Veja-se que não foi realizado procedimento administrativo disciplinar e, portanto, não houve decisão administrativa nem aplicação de sanção disciplinar. Ainda assim, o ilustre Julgador de primeiro grau reconheceu a ocorrência de falta grave. Todavia, isso não era possível. Não é dado ao juiz da execução exercer o poder disciplinar

*administrativo e aplicar sanções **administrativas**, como reiteradamente tem afirmado a jurisprudência desta Sexta Câmara Criminal.*

Sobre a dispensa do PAD, carece observar que o artigo 22, inciso III –, do RDP, aprovado pelo Dec. n. 46.534/2009, com a redação que lhe deu o Dec. n. 47.594/2010, contraria o disposto no artigo 59 da Lei n. 7.210/1984, sendo manifestamente ilegal. *A instauração de procedimento administrativo disciplinar deve necessariamente preceder a aplicação de sanção disciplinar, e esta deve ser feita pelo Administrador do Presídio.*

Ao juiz da Vara das Execuções Criminais não é dado exercer o poder disciplinar de modo supletivo nem aplicar sanções judiciais ou legais com base em falta grave não reconhecida pela forma prevista em lei, com violação de garantias constitucionais.

*A **sanção disciplinar** constitui ato administrativo vinculado, indispensavelmente precedido de procedimento administrativo em que deve ser **garantido o direito de defesa**, na forma do que dispuser o regulamento, delegação legislativa autorizada pelo artigo 24, inciso I, da Constituição Federal. Não é autorizado dispensar esse procedimento, e deve-se garantir o devido processo legal, na forma da Constituição Federal.*

(...)

Não carece dizer mais.

POSTO ISSO, voto no sentido de, preliminarmente e de ofício, reconhecer a nulidade da decisão e desconstituí-la, determinando a reposição do status quo ante, julgando prejudicado o recurso.

Embora tenha seguido o entendimento já adotado pela egrégia Quinta Turma desta Corte, penso que o momento é oportuno para maior reflexão acerca da matéria discutida, devendo ser analisada e interpretada a Lei n. 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal, em sua integralidade, a fim de verificar se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave.

Da leitura da Seção III do Capítulo IV do referido diploma legislativo, que trata “Da Disciplina”, verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece em ordem cronológica: 1) a atribuição para o exercício do poder disciplinar (arts. 44 a 48); 2) a classificação das faltas disciplinares, bem como a “tipificação” das condutas correspondentes à falta de natureza grave (arts. 49 a 52); 3) as sanções respectivas (arts. 53 a 58); e 4) o procedimento que deverá ser adotado para apuração da falta disciplinar (arts. 59 a 60).

Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade,

bem como na restritiva de direitos, será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Assim, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar, conforme disposto nos aludidos dispositivos legais.

Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, *caput*, da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Quanto ao aludido dispositivo, vale transcrever as considerações de Nucci:

Para eleger a sanção disciplinar adequada a cada condenado faltoso, deve a direção do presídio analisar a natureza da sua infração (leve, média ou grave), os motivos que o levaram a cometê-la, as circunstâncias e consequências do fato e a pessoa do sentenciado (personalidade), bem como seu tempo de prisão. É uma reprodução minorada do art. 59 do Código Penal. No entanto, merecedora de aplauso. Aliás, esta é outra razão para que a decisão do diretor seja motivada, tanto quanto a do juiz. O elemento concernente ao tempo de prisão é característica especial da execução penal, porém relevante. A personalidade de qualquer pessoa é dinâmica e mutável, variando conforme o ambiente onde se encontra. Se o preso está no cárcere há muitos anos apresenta-se de um modo; se é um recém-chegado, de outro. A administração do presídio tem perfeita noção disso e pode discernir entre o ainda indisciplinado recém-chegado, que leva um tempo para habituar-se às várias regras do presídio, e o condenado de longa data, já acostumado à rotina do local. Por isso, a insubordinação do recém-chegado pode não ser tão grave quanto a mesma indisciplina demonstrada pelo condenado de vários anos. Daí a variação da sanção disciplinar. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 241.)

Corroborando esse entendimento, o art. 54 da LEP é claro ao estabelecer que as sanções dos incisos I a IV do art. 53, quais sejam, advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento.

Saliente-se que, embora a decisão acerca da inclusão em regime disciplinar diferenciado - RDD seja jurisdicional (LEP, art. 53, inciso V), inserindo-se na

competência do juiz da execução, o parágrafo único do art. 54 estabelece que a autorização de inclusão do preso nesse regime dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

O parágrafo único do art. 57, por sua vez, dispõe que “nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei”, sendo que os incisos III (suspensão ou restrição de direitos) e IV (isolamento na própria cela), como visto, são de atribuição exclusiva do diretor do presídio.

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, *d*, e § 2º).

Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48:

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa representará ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos.

Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Nesse ponto, veja o que diz a doutrina:

Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas.

Na ocorrência de infração grave, além da apuração e aplicação das sanções administrativas, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá comunicar ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena.

(BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160/161)

Dessa forma, constata-se que a Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar.

Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional.

Portanto, a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV).

No tocante à formalização dessa sequência de atos concernentes à apuração da conduta faltosa do detento e aplicação da respectiva sanção, o art. 59 da Lei de Execução Penal é expresso ao determinar que: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para a sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”.

Em seguida, o art. 60 possibilita à autoridade administrativa, na hipótese da prática de falta disciplinar, “decretar o isolamento preventiva do faltoso pelo prazo de até dez dias”, ressaltando-se a competência do juiz da execução penal apenas para determinar a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado.

Da leitura desses artigos, não resta dúvida que a Lei de Execução Penal impõe a instauração de procedimento administrativo para apurar a prática de

falta disciplinar pelo preso, cuja responsabilidade é da autoridade administrativa, podendo, inclusive, decretar o isolamento preventivo do sentenciado faltoso pelo prazo de 10 (dez) dias.

E mais, mesmo sendo a referida lei de execução penal do ano de 1984, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, ficou devidamente assegurado o direito de defesa do preso, que abrange não só a autodefesa, mas também a defesa técnica, a ser realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não por outro motivo o legislador disciplinou expressamente nos arts. 15, 16 e 83, § 5º, da LEP, a obrigatoriedade de instalação da Defensoria Pública nos estabelecimentos penais, a fim de assegurar a defesa técnica daqueles que não possuem recursos financeiros para constituir advogado.

A propósito, confira-se:

SEÇÃO IV

Da Assistência Jurídica

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei n. 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

TÍTULO IV

Dos Estabelecimentos Penais

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

(...)

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

Ademais, vale ressaltar que, não obstante a literalidade dos dispositivos da Lei de Execução Penal que asseguram a necessidade de assistência jurídica do preso por defensor técnico, dentro e fora do estabelecimento prisional, o direito de defesa garantido ao sentenciado tem assento constitucional, mormente porque o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta consequências danosas que repercutem, em última análise, em sua liberdade.

Com efeito, os incisos LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) do art. 5º da Constituição Federal de 1988 respaldam a obrigatoriedade da presença de defensor regularmente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil, em procedimento administrativo disciplinar, no âmbito da execução da pena.

No particular, registre-se que a Súmula Vinculante n. 5, a qual dispõe que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, não se aplica à execução penal.

Primeiro, porque todos os precedentes utilizados para elaboração do aludido verbete sumular são originários de questões não penais, onde estavam em discussão procedimentos administrativos de natureza previdenciária (RE n. 434.059); fiscal (AI n. 207.197); disciplinar-estatutário militar (RE n. 244.027); e tomada de contas especial (MS n. 24.961).

Segundo, porque, conforme mencionado, na execução da pena está em jogo a liberdade do sentenciado, o qual se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, revelando-se incompreensível que ele possa exercer uma ampla defesa sem o conhecimento técnico do ordenamento jurídico, não se podendo, portanto, equipará-lo ao indivíduo que responde a processo disciplinar na esfera cível-administrativa.

Dessa forma, no âmbito da execução penal, deve ser garantido o pleno direito de defesa ao detento, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, por ocasião de instauração de PAD para apuração de falta disciplinar.

Quanto ao tema, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC n. 104.584/STF, bem fundamentou:

Observo, inicialmente, que o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto de processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Ao compulsar os autos, verifico do acórdão proferido pelo TJ/RS que os depoimentos do paciente e das testemunhas no procedimento administrativo-disciplinar foram colhidos sem a necessária e inafastável presença do defensor. Nesses termos, imperioso concluir que não houve garantia plena de defesa, restando violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sobretudo se se levar em conta que, em última análise, se encontra em jogo a liberdade de ir e vir.

Não desconheço, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n. 5, que dispõe: 'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo-disciplinar não ofende a Constituição.'

Todavia, consoante decidido por meio do RE 398.269/RS, de minha relatoria, esse enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza não-criminal. Dessarte, em procedimento administrativo-disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 11, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV).

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para, reconhecida a nulidade do processo administrativo-disciplinar, cassar a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande/RS.

O acórdão ficou assim ementado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Execução criminal. Prática de falta grave pelo apenado. 3. Paciente que não foi acompanhado por defensor durante a realização dos atos referentes ao processo administrativo-disciplinar. 4. Nulidade. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 5. Recurso conhecido e provido. (RHC n. 104.584/RS, Relator o Ministro *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, DJe 6/6/2011)

No mesmo sentido, a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no voto proferido no HC n. 135.082/SP, assim consignou:

De saída, penso ser importante tecer alguns comentários sobre a aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 ao universo da execução penal.

É manifesta a diversidade de situações entre a enfocada neste *mandamus* e aquela que envolveu a edição de referido verbete. Arrimou-se tal consolidação jurisprudencial sobre precedentes vinculados ao Direito Administrativo, *verbis*:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 434.059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11.09.2008 PUBLIC 12.09.2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279)

A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

(AI 207.197 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05.06.1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620)

Agravamento regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

(RE 244.027 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28.06.2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo

judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.

(MS 24961, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04.03.2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347)

Por mais que sejam relevantes os cânones que informam tal ramo do Direito, é evidente que se faz necessário reconhecer, aqui, o descrímen. Não se está a tratar de um mero procedimento administrativo disciplinar em que um sujeito, sobre o qual recai a suspeita de uma falta, pode, plenipotenciário de seus direitos e prerrogativas, demonstrar a sua inocência.

Não. Diante das condições a que submetidos os detentos, qualquer tentativa de equiparação com os sujeitos que, do lado de cá das grades, podem, *per si*, fazer valer a dignidade da pessoa humana, soa desconstextualizada.

Apenas a título de registro, observa-se que o Regulamento Penitenciário Federal, aprovado pelo Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que disciplina as regras da execução da pena em estabelecimento prisional federal, seguindo a diretriz traçada pela Lei n. 7.210/1984 (LEP), determina expressamente a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a imprescindibilidade da presença de advogado, conforme se verifica dos seguintes dispositivos:

TÍTULO VIII

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES, DA CLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA E DA REABILITAÇÃO

CAPÍTULO I

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES

Art. 59. Para os fins deste Regulamento, entende-se como procedimento de apuração de faltas disciplinares a seqüência de atos adotados para apurar determinado fato.

Parágrafo único. Não poderá atuar como encarregado ou secretário, em qualquer ato do procedimento, amigo íntimo ou desafeto, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cõnjuge,

companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado.

Art. 60. Ao preso é garantido o direito de defesa, com os recursos a ele inerentes.

Seção I

Da Instauração do Procedimento

Art. 61. O servidor que presenciar ou tomar conhecimento de falta de qualquer natureza praticada por preso redigirá comunicado do evento com a descrição minuciosa das circunstâncias do fato e dos dados dos envolvidos e o encaminhará ao diretor do estabelecimento penal federal para a adoção das medidas cautelares necessárias e demais providências cabíveis.

§ 1º O comunicado do evento deverá ser redigido no ato do conhecimento da falta, constando o fato no livro de ocorrências do plantão.

§ 2º Nos casos em que a falta disciplinar do preso estiver relacionada com a má conduta de servidor público, será providenciada a apuração do fato envolvendo o servidor em procedimento separado, observadas as disposições pertinentes da Lei n. 8.112, de 1990.

Art. 62. Quando a falta disciplinar constituir também ilícito penal, deverá ser comunicada às autoridades competentes.

Art. 63. O procedimento disciplinar será instaurado por meio de portaria do diretor do estabelecimento penal federal.

Parágrafo único. A portaria inaugural deverá conter a descrição sucinta dos fatos, constando o tempo, modo, lugar, indicação da falta e demais informações pertinentes, bem como, sempre que possível, a identificação dos seus autores com o nome completo e a respectiva matrícula.

Art. 64. O procedimento deverá ser concluído em até trinta dias.

(...)

Seção II

Da Instrução do Procedimento

Art. 66. Caberá à autoridade que presidir o procedimento elaborar o termo de instalação dos trabalhos e, quando houver designação de secretário, o termo de compromisso deste em separado, providenciando o que segue:

I - designação de data, hora e local da audiência;

II - citação do preso e intimação de seu defensor, cientificando-os sobre o comparecimento em audiência na data e hora designadas; e

III - intimação das testemunhas.

§ 1º Na impossibilidade de citação do preso definitivo ou provisório, decorrente de fuga, ocorrerá o sobrestamento do procedimento até a recaptura, devendo ser informado o juízo competente.

§ 2º No caso de o preso não possuir defensor constituído, será providenciada a imediata comunicação à área de assistência jurídica do estabelecimento penal federal para designação de defensor público.

Seção III

Da Audiência

Art. 67. Na data previamente designada, será realizada audiência, facultada a apresentação de defesa preliminar, prosseguindo-se com o interrogatório do preso e a oitiva das testemunhas, seguida da defesa final oral ou por escrito.

§ 1º A autoridade responsável pelo procedimento informará o acusado do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, dando-se continuidade à audiência.

§ 2º O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

§ 3º Nos casos em que o preso não estiver em isolamento preventivo e diante da complexidade do caso, a defesa final poderá ser substituída pela apresentação de contestação escrita, caso em que a autoridade concederá prazo hábil, improrrogável, para o seu oferecimento, observados os prazos para conclusão do procedimento.

§ 4º Na ata de audiência, serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais e as informações úteis à apuração dos fatos.

§ 5º Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do procedimento, e as demais questões serão decididas no relatório da autoridade disciplinar.

Art. 68. Se o preso comparecer na audiência desacompanhado de advogado, ser-lhe-á designado pela autoridade defensor para a promoção de sua defesa.

Art. 69. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, salvo no caso de proibição legal e de impedimento.

§ 1º O servidor que, sem justa causa, se recusar a depor, ficará sujeito às sanções cabíveis.

§ 2º As testemunhas arroladas serão intimadas pelo correio, salvo quando a parte interessada se comprometer em providenciar o comparecimento destas.

Seção IV

Do Relatório

Art. 70. Encerradas as fases de instrução e defesa, a autoridade designada para presidir o procedimento apresentará relatório final, no prazo de três dias, contados a partir da data da realização da audiência, opinando fundamentalmente sobre a aplicação da sanção disciplinar ou a absolvição do preso, e encaminhará os autos para apreciação do diretor do estabelecimento penal federal.

Parágrafo único. Nos casos em que reste comprovada autoria de danos, capazes de ensejar responsabilidade penal ou civil, deverá a autoridade, em seu relatório, manifestar-se, conclusivamente, propondo o encaminhamento às autoridades competentes.

Seção V

Da Decisão

Art. 71. O diretor do estabelecimento penal federal, após avaliar o procedimento, proferirá decisão final no prazo de dois dias contados da data do recebimento dos autos.

Parágrafo único. O diretor do estabelecimento penal federal ordenará, antes de proferir decisão final, diligências imprescindíveis ao esclarecimento do fato.

(...)

Art. 75. O não-comparecimento do defensor constituído do preso, independentemente do motivo, a qualquer ato do procedimento, não acarretará a suspensão dos trabalhos ou prorrogação dos prazos, devendo ser nomeado outro defensor para acompanhar aquele ato específico.

Como visto, nos estabelecimentos penais federais é garantido expressamente a instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a necessidade de o detento ser assistido por advogado.

Seria, portanto, um verdadeiro contrassenso admitir que o preso que cumpre pena em estabelecimento penal federal, regido pelo aludido Decreto, possua mais direitos e garantias - no tocante à obrigatoriedade de instauração do PAD com a presença de defensor técnico - em relação àquele que esteja cumprindo pena em presídio estadual.

Essa situação, por certo, não se coaduna com o ordenamento jurídico, notadamente com os dispositivos da Constituição Federal 1988, no que concerne ao princípio da isonomia.

Desse modo, diante de tudo o que foi exposto, conclui-se ser clara a opção do legislador no sentido da imprescindibilidade de instauração do procedimento administrativo para reconhecimento da falta disciplinar no âmbito da execução da pena, assegurando ao preso o direito de defesa, neste compreendido tanto a autodefesa, quanto a defesa técnica exercida por advogado.

Dito isso, surge a seguinte indagação, que constitui fundamento principal do presente recurso: Com a oitiva do apenado, prevista no art. 118, inciso I e § 2º, da LEP, em Juízo, torna-se desnecessário o referido procedimento administrativo?

Para responder essa questão, mostra-se necessário analisar o referido preceito legal, que dispõe:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Como visto, o dispositivo legal em comento determina que o apenado deverá ser ouvido previamente antes de ser regredido definitivamente de regime, visando dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nas hipóteses em que: 1) praticar fato definido como crime doloso; 2) cometer falta grave; 3) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena torne incabível o regime; e 4) se frustrar os fins da execução ou não pagar, quando possível, a multa cumulativamente imposta.

Ocorre que, no tocante à prática de falta grave, a regressão de regime é apenas uma das diversas sanções aplicáveis ao sentenciado, cuja competência, como visto, é do juiz da Vara de Execuções Penais. Assim, o supracitado dispositivo trata apenas do direito do preso de ser ouvido previamente antes da decisão final acerca da regressão.

Impende ressaltar, por oportuno, que, não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o preceito normativo sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1ª Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes, em que participaram todas as autoridades responsáveis pela execução penal, ficou estabelecida a seguinte diretriz:

ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado.

Ademais, mesmo que se entenda que somente o juiz possa ouvir o apenado nessas hipóteses, não se pode perder de vista que antes de ser aplicada qualquer sanção disciplinar pela prática de falta grave, conforme dispõe expressamente os artigos da Lei de Execução Penal, deve ser instaurado o devido procedimento administrativo pelo diretor do presídio, a fim de apurar o cometimento da conduta faltosa pelo preso, aplicando-lhe as sanções de sua responsabilidade, com observância do disposto no art. 57 da LEP (“Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”).

Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica.

Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.

Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.

Com efeito, conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu artigo 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Criminais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência

para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da LEP:

O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos.

(JULIOTTI, PEDRO de JESUS. **Lei de Execução Penal anotada**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79)

Por esses motivos, é que não há se falar em violação ao art. 563 do Código de Processo Penal, sob a alegação de ausência de prejuízo pela inexistência do PAD em razão da oitiva do apenado perante o juiz da execução, porquanto a defesa do sentenciado nessa audiência possui finalidade totalmente distinta - e muito mais restrita - daquela legalmente conferida ao procedimento administrativo disciplinar, a qual deve ser realizada, necessariamente, no âmbito do estabelecimento prisional, e não em Juízo.

Trata-se, na verdade, de estrita obediência à legislação infraconstitucional, sendo certo que a lei não contém palavras inúteis, não sendo possível, portanto, afastar a determinação legal expressa, sob o precipitado argumento de ausência de prejuízo.

Na hipótese dos autos, conforme se verifica do termo de audiência às fls. 20/22, o Juiz da Vara de Execução Penal da Comarca de Porto Alegre/RS, notificado da recaptura do apenado Fabiano Cougo, instaurou procedimento judicial para apurar o cometimento de falta grave pelo detento e, após a manifestação da defesa e do Ministério Público na audiência de justificação, reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinando a alteração da data-base para futuros benefícios, deixando, contudo, de regredi-lo para o regime mais gravoso, tendo em vista que o apenado já se encontrava no regime fechado.

Assim, o referido procedimento encontra-se em total descompasso com os dispositivos da Lei de Execução Penal, porquanto o magistrado usurpou a atribuição exclusiva do diretor do presídio para apuração e reconhecimento da falta grave, valendo ressaltar, ainda, que sequer havia a necessidade de realização dessa audiência judicial, em razão da impossibilidade de regressão do regime carcerário, não sendo a hipótese, por conseguinte, sequer de aplicação do art. 118, inciso I e § 2º, da Lei n. 7.210/1984.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, reconheceu a nulidade da referida decisão, por ausência de instauração do devido procedimento administrativo disciplinar, impondo-se, assim, a manutenção do acórdão recorrido, porquanto proferido em consonância com os ditames da legislação infraconstitucional ora analisada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão recorrido em sua integralidade.

Por último, para os fins do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, voto no sentido de resolver a tese jurídica nos seguintes termos:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Sr. Presidente, ouvi, com muita atenção, a sustentação oral da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Gomes, e também ouvi, atentamente, o substancial voto do Sr. Ministro Relator. Como S. Exa. deixa claro, em seu voto, os precedentes da Sexta Turma orientam-se no sentido do seu voto. S. Exa., inclusive, cita um precedente de minha relatoria, no qual entendi imprescindível a instauração do processo administrativo disciplinar e a necessidade da defesa técnica, em processo administrativo disciplinar, concluindo, à luz de precedente do Supremo Tribunal Federal, que, nessa hipótese, não se aplica a Súmula Vinculante n. 5, já que a sua aplicação restringe-se a processo administrativo não criminal. Cito precedente do Ministro Gilmar Mendes, nesse sentido.

O voto do Sr. Ministro Relator é exaustivo. Só quero acrescentar algo que S. Exa. já afirmou, mas que, para mim, esclarece devidamente o assunto: a lei não tem palavras inúteis. E o art. 59 da Lei de Execução Penal dispõe: praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado direito de defesa. No parágrafo único, dispõe: a decisão será motivada.

No art. 59 da Lei de Execução Penal é estabelecido todo um procedimento para a apuração de falta de natureza disciplinar.

O eminente Relator examina, detalhadamente, o assunto, à luz do art. 118 da Lei de Execução Penal, que tem gerado essa perplexidade de interpretação, mas demonstra que, efetivamente, a oitiva do apenado, para fins de regressão do regime, quando pratica ele falta grave ou comete crime doloso, representa um controle posterior de legalidade do ato administrativo, praticado pelo diretor do presídio, em anterior Processo Administrativo Disciplinar.

No caso, como esclareceu S. Exa., não houve prévia instauração de Processo Administrativo Disciplinar. O próprio Juiz é que apurou toda a suposta falta.

Em função disso, com base nos fundamentos elencados pelo Sr. Ministro Relator, não tenho dúvida em acompanhá-lo.

Nego provimento ao Recurso Especial, mantendo o acórdão recorrido, em sua integralidade. Por último, para os fins do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, voto no sentido de resolver a tese jurídica, nos seguintes termos: para reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo, pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Sr. Presidente, também me associo aos Colegas que me antecederam, para registrar a majestade do voto do Sr. Ministro Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, sobretudo por haver bem delineado a questão em todos os seus aspectos.

Apenas faria, uma ponderação sobre um trecho do voto em que S. Exa. afirma que a matéria discutida diz respeito eminentemente à interpretação da legislação infraconstitucional, sendo, portanto, nos termos da Constituição, da

competência do STJ dar a última palavra. A questão é legal, evidentemente, pela aplicação da LEP, porém, o próprio voto também se assenta em aspectos constitucionais, notadamente o principal, que é o da reconhecida violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório, que são previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Portanto, vejo também a matéria como constitucional. Apenas um registro de pessoal consideração.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, todos sabemos que a matéria não é tão simples assim. Temos uma jurisprudência de vários anos consolidada na Quinta Turma, desde o início de sua constituição.

Veja que estou na Quinta Turma há mais de 12 anos, sou jovem, mas estou aqui há mais de 12 anos. Desde a época em que a Turma era formada por ilustres penalistas da estirpe do Ministro Felix Fischer, e outros que já passaram pela Quinta Turma. Sempre mantivemos o entendimento da desnecessidade de se instaurar um procedimento chamado de administrativo quando há instauração de outro procedimento, com a oitiva do preso e a presença de advogado, em que lhe é assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Qual a necessidade, então, do procedimento administrativo se a finalidade dos princípios assegurados na Constituição foi garantida naquele outro? Então, fico preocupada com os entraves na apuração de falta grave, em presídio, até pela dificuldade de se instaurar um procedimento, chamado de administrativo, quando outros procedimentos, vamos dizer assim, são instaurados.

Abrindo nossa jurisprudência, detectei cento e vinte e uma decisões recentes sobre o tema. Temos uma decisão da Quinta Turma, aprovada por maioria de votos em 04 de junho de 2013, em que o eminente Relator Ministro Campos Marques diz assim: “O art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento da referida infração, que é a falta grave, mas exige a realização de audiência de justificação que possibilite oitiva prévia do sentenciado, garantindo, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa”.

Julgamos com a presença de todos os Membros da Quinta Turma.

Passo a um recente caso do atual, moderno e jovem Ministro Moura Ribeiro julgado no mesmo sentido, um dos primeiros da minha lista. Sua

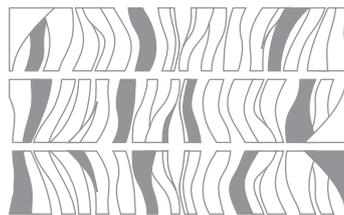
Excelência verificou a existência de um procedimento de justificação com ampla defesa, oitiva do sentenciado, do penitente, como gosto sempre de chamar, e entendeu que ali não havia necessidade de se instaurar um procedimento administrativo. No caso dos autos, o Ministro disse que todas essas garantias lhe foram asseguradas dentro de um procedimento de justificação instaurado pelo magistrado.

A Lei de Execução não é tão clara nesse sentido. Se fizermos uma leitura do art. 118, inciso I, combinado com o § 2º, chegaremos à conclusão de que os nossos votos não foram prolatados sem uma fundamentação jurídica.

Então, realmente, fico preocupada com o reconhecimento de nulidade nesses casos. Não faz sentido reconhecer a nulidade desse procedimento administrativo quando tudo o que a lei, a Constituição Federal e os princípios constitucionais exigem restou assegurado.

Estou vendo que a decisão já está formada, já está concluída. Nesses cento e vinte e um julgados que analisei, certamente há decisões divergentes da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Ministro Sebastião Reis Júnior, da Ministra Assusete Magalhães, o próprio Relator faz referência no seu voto. Mas, sinceramente, com a devida vênua dos votos já proferidos, fico com a nossa jurisprudência da Quinta Turma, até mesmo embasada nas decisões da Suprema Corte.

É como voto.



Súmula n. 534

SÚMULA N. 534

A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 7.210/1984, arts. 50; 51; 53; 57, parágrafo único; 112; 118 e 127.

Precedentes:

EREsp	1.176.486-SP	(3ª S, 28.03.2012 – DJe 1º.06.2012) – acórdão publicado na íntegra
EREsp	1.133.804-RS	(3ª S, 28.03.2012 – DJe 21.05.2012)
AgRg nos EREsp	1.238.180-SP	(3ª S, 27.11.2013 – DJe 09.12.2013)
(*)REsp	1.364.192-RS	(3ª S, 12.02.2014 – DJe 17.09.2014) – acórdão publicado na íntegra na Súmula 535
HC	224.301-SP	(5ª T, 06.03.2012 – DJe 19.03.2012)
HC	219.624-SP	(5ª T, 22.05.2012 – DJe 28.05.2012)
HC	242.634-SP	(5ª T, 18.03.2014 – DJe 28.03.2014)
AgRg no REsp	1.394.204-SP	(5ª T, 08.05.2014 – DJe 14.05.2014)
HC	290.552-SP	(5ª T, 19.08.2014 – DJe 27.08.2014)
HC	292.703-SP	(5ª T, 19.08.2014 – DJe 1º.09.2014)
HC	296.764-RS	(5ª T, 18.12.2014 – DJe 04.02.2015)
HC	236.320-RS	(6ª T, 03.05.2012 – DJe 14.05.2012)
HC	241.602-SP	(6ª T, 27.08.2013 – DJe 09.09.2013)
HC	276.409-RS	(6ª T, 19.09.2013 – DJe 16.10.2013)
AgRg no HC	275.758-RS	(6ª T, 05.11.2013 – DJe 19.11.2013)
AgRg no REsp	1.237.905-SP	(6ª T, 11.06.2013 – DJe 20.02.2014)

HC	281.007-RS	(6ª T, 10.06.2014 – DJe 1º.07.2014)
HC	276.214-RS	(6ª T, 04.09.2014 – DJe 23.09.2014)
AgRg no REsp	1.395.769-SP	(6ª T, 14.10.2014 – DJe 31.10.2014)
HC	297.154-SP	(6ª T, 04.12.2014 – DJe 18.12.2014)
HC	306.336-SP	(6ª T, 18.12.2014 – DJe 06.02.2015)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.176.486-SP
(2010/0158567-0)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Márcio José Custódio

Advogado: Thaís de Campos - Defensora Pública e outros

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

1. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.

3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual *o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.*

4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, *implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento* (DJU 12.05.2006).

5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), negando provimento aos embargos de divergência, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e o voto-desempate da Sra. Ministra Laurita Vaz, dando provimento aos embargos de divergência, acompanhando o Relator, acordam, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Gilson Dipp e a Senhora Ministra Laurita Vaz, em voto-desempate, votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze não proferiu voto, nos termos do Art. 200, Parágrafo 3º, do RISTJ.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 28 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 1º.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Embargos de Divergência opostos pelo MPF em adversidade ao venerando acórdão da 6ª Turma, exarado no julgamento do AgRg no REsp 1.176.486/SP, de relatoria do eminente Ministro HAROLDO RODRIGUES, que entendeu que a prática de falta grave não representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ENTENDIMENTO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A Sexta Turma desta Corte firmou compreensão no sentido de que, no tocante à progressão de regime prisional, a prática de falta grave não representa marco interruptivo, podendo ser considerada por ocasião da análise do requisito subjetivo (HC 123.451/RS, relator o Ministro Nilson Naves, sessão de 17 de fevereiro de 2009).

2. Agravo regimental a que se nega provimento (fls. 189).

2. A fim de demonstrar a alegada divergência, o embargante cita como paradigma o REsp 1.181.146/RS, de relatoria do eminente Min. FELIX FISCHER, da 5ª Turma deste Tribunal, que concluiu que deve ser interrompido o cômputo do interstício para concessão de eventuais benefícios previstos na LEP diante do cometimento de falta grave pelo condenado. O aresto restou assim ementado:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. SÚMULA N. 441 DESTA E. CORTE.

I - Em caso de cometimento de falta grave pelo condenado, será interrompido o cômputo do interstício para concessão de eventuais benefícios previstos na Lei n. 7.210/1984, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar, exceto o livramento condicional e a comutação das penas (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

II - O que o art. 83, I, do CP, exige, para fins de atendimento de requisito objetivo para obtenção do benefício do livramento condicional, é o cumprimento de mais de um terço da pena total imposta ao sentenciado. Entender-se que a prática de falta grave obriga o sentenciado ao cumprimento de mais um terço da pena restante para fins de concessão do livramento condicional é criar requisito objetivo não previsto em lei. (Súmula n. 441/STJ).

III - Também em relação à comutação de pena, na linha de precedentes desta Corte, aplica-se o mesmo raciocínio.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

3. Demonstrada, em princípio, a divergência entre os julgados, os presentes Embargos foram admitidos às fls. 221.

4. Contra-razões às fls. 230/233.

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O artigo 127 da Lei de Execução Penal preceitua que *o condenado que for punido com falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar.*

2. De fato, o instituto da remição constitui, em verdade, um benefício concedido ao apenado que trabalha e a decisão concessiva da remissão da pena sujeita-se à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, ocorrendo a condição - no caso, o cometimento de falta grave -, o condenado perde o direito ao tempo já remido.

3. Verifica-se ainda que o art. 127 da LEP, ao determinar a perda total dos dias remidos pelo trabalho até a data da infração disciplinar grave, não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana.

4. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual *o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.*

5. A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. FALTA GRAVE. ART. 50, INCISO VI, DA LEI N. 7.210/84. PERDA DOS DIAS REMIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado, cabe ao juízo da execução decretar a perda dos dias remidos. Precedentes.

2. Tal medida não ofende direito adquirido ou coisa julgada, pois o instituto da remição, sendo prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, mesmo porque seu reconhecimento não produz

coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 que as faltas disciplinares de natureza grave impõem a perda dos dias remidos.

3. *Inexistência de constrangimento ilegal.*

4. *Ordem denegada* (HC 42.499/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 03.10.05).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. FALTA GRAVE. PERDA DO DIREITO AOS DIAS REMIDOS. VIOLAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO E DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. *A decretação da perda dos dias remidos, legalmente prevista, pressupõe a declaração da remição.*

2. *Os peremptórios termos do artigo 127 da Lei de Execução Penal arredam, na fase prisional do cumprimento da pena privativa de liberdade, a coisa julgada e mesmo a invocação de direito adquirido, assim dispondo: 'O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. Significativa, a propósito, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (item 134): Com a finalidade de se evitarem as distorções que poderiam comprometer a eficiência e o crédito deste novo mecanismo em nosso sistema, o projeto adota cautelas para a concessão e revogação do benefício, dependente da declaração judicial e audiência do Ministério Público. (...)'*

3. *Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*

4. *Ordem denegada* (HC 59.361/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 09.04.07).

6. Por outro lado, o cometimento de falta grave pelo apenado determina o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, entre eles a progressão de regime prisional, *exceto livramento condicional e comutação de pena*; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

7. É de se ter claro que os requisitos objetivos para fins de concessão do livramento condicional são aqueles previstos no art. 83 e incisos do CPB. Assim, ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para a aquisição da referida benesse, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei.

8. A data-base para a contagem do novo período aquisitivo, por sua vez, é a do cometimento da última infração disciplinar grave, computado do período restante de pena a ser cumprido. Confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FUGA. FALTA GRAVE. ART. 50, II DA LEP. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL DA PENA REMANESCENTE. ORDEM DENEGADA.

1. *É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.*

2. *O marco inicial para a contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo (1/6 da pena) deve recair sobre a data do cometimento da última falta grave pelo apenado, computado do período restante de pena a ser cumprido. Precedentes.*

3. *Ordem denegada (HC 66.009/PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 10.09.07).*

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. REMIÇÃO. ART. 127 DA LEP.

1. *O cometimento de falta grave, como a fuga, enseja o reinício da contagem de período necessário à concessão de nova progressão de regime (Precedentes).*

2. *A perda dos dias remidos tem como pressuposto a declaração da remição. E, esta não é absoluta, sendo incabível cogitar-se de ofensa a direito adquirido ou a coisa julgada na eventual decretação da perda dos dias remidos em decorrência de falta grave. A questão se soluciona com a aplicação direta do disposto no art. 127 da LEP (Precedentes do STJ e do STF).*

3. *Writ denegado (HC 47.383/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 13.03.06).*

9. Este aliás também é o entendimento do Pretório Excelso, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEP.

A prática de falta grave acarreta a regressão de regime e a recontagem do prazo para progressão. Precedentes. Ordem indeferida (HC 98.387/SP, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 01.07.2009).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios executórios. Habeas corpus denegado. (HC 94.098/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 24.04.2009).

10. Ora, entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por

sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento (DJU 12.05.2006).

11. Ante o exposto, dá-se provimento ao Embargos de Divergência para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime.

12. É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Na sessão de 13/12/2010, após o voto do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator destes embargos de divergência, pedi vista antecipada para melhor análise.

A questão é conhecida, e tem a mesma base de discussão do EREsp 1.133.804, de relatoria do eminente Ministro Gilson Dipp, que trata acerca da controvérsia em torno da interrupção do prazo para concessão de benefícios da execução quando o apenado comete falta grave.

A divergência entre as Turmas desta Terceira Seção é reiterada, conforme bem explicitou o Ilustre Relator, que seguiu o posicionamento da Quinta Turma e deu, resumidamente, a seguinte interpretação:

“...o cometimento de falta grave pelo apenado determina o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, entre eles a progressão de regime prisional, exceto livramento condicional e comutação de pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

7. É de se ter claro que os requisitos objetivos para fins de concessão do livramento condicional são aqueles previstos no art. 83 e incisos do CPB. Assim, ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para a aquisição da referida benesse, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei.

8. A data-base para a contagem do novo período aquisitivo, por sua vez, é a do cometimento da última infração disciplinar grave, computado do período restante de pena a ser cumprido.”

Ou seja, o Ilustre Relator, a exemplo do quanto delineado pelo eminente Ministro Gilson Dipp no voto proferido no EREsp 1.133.804, é de entendimento favorável à interrupção do prazo para a contagem do lapso temporal, a partir da falta grave, à exceção do Livramento Condicional, cujo Enunciado 441 da Súmula deste Tribunal dá outra solução.

Ouso divergir de tal entendimento, mesmo que alicerçado por precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Dispõe, ainda, o art. 57, parágrafo único, do mencionado Diploma Legal: “nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos II a V do art. 53 desta Lei”, quais sejam, “a suspensão ou restrição de direitos; o isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; a inclusão no regime disciplinar diferenciado”.

Verifica-se, pois, que, relativamente à progressão, tal qual ocorre com o livramento condicional, a Lei de Execução Penal não estabelece nenhuma forma de interrupção, para o fim de se alcançar o lapso exigido como requisito objetivo.

É certo que o art. 127 da Lei de Execução Penal prevê que o condenado, punido pelo cometimento de falta grave, perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Entendo, porém, que o fato de o cometimento de falta grave implicar a perda do tempo remido não autoriza a conclusão, em verdadeira aplicação analógica em *malam partem*, de que uma vez praticada falta grave a contagem do lapso deva ser interrompida para fins de progressão. Uma coisa é afirmar que o trabalho não poderá ser computado como efetivo cumprimento da pena em virtude da prática de falta grave. Outra, diversa, é desconsiderar o cumprimento do lapso exigido pela lei para a progressão de regime em razão da falta.

Saliente-se que a Lei de Execução Penal não estabelece, em nenhum dos seus dispositivos, que o cometimento de falta grave interrompe o lapso para fins de progressão. E, em meu sentir, nem o poderia, porque tal previsão fugiria totalmente ao espírito da lei, que é o da reintegração harmônica do condenado

na sociedade, de forma paulatina, progredindo do regime mais rigoroso para o menos rígido, após o cumprimento do tempo exigido e dos requisitos subjetivos, dentre os quais a boa conduta.

Como consequência, a prática de falta grave, conforme o caso, pode revelar má conduta carcerária, impedindo, assim, o preenchimento do requisito subjetivo para a progressão. Mas não pode estar vinculado ao requisito temporal, que é objetivo. A execução se faz de forma progressiva e, por vezes, de forma regressiva, mas o preenchimento do requisito objetivo se dá pelo cumprimento do lapso temporal, conforme estatui o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Lapso temporal é um só, e não se pode recomeçar a contar o cumprimento de pena a partir do cometimento de falta grave.

Portanto, entendo que o paciente pode não possuir boa conduta para a progressão, ou seja, não preencher o requisito subjetivo, já que também faz parte do contexto de apuração do benefício o mérito do apenado. Mas, cumprido o lapso temporal previsto na lei, não há que se falar em ausência do requisito objetivo.

Em suma, penso que fere o princípio da legalidade interromper-se a contagem do lapso necessário à progressão de regime, tal como ocorre com o livramento condicional. Em relação a tal benefício, aliás, a não interrupção do prazo ante a falta de natureza grave é, inclusive, matéria objeto de súmula desta Corte, *verbis*:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. (Súmula n. 441)

Insisto que não vislumbro, a propósito, qualquer diferença, para o sentenciado que cumpre pena, entre a situação retratada na Súmula acima transcrita, que se refere ao livramento condicional e aquela tendente à obtenção de progressão, comutação ou indulto. Não há o menor sentido, penso, em afirmar que, para fins de livramento, a falta grave não interrompe o lapso temporal e, em relação aos demais benefícios, a mesma falta grave praticada possa significar a perda do tempo de pena cumprida.

Assim, quando da análise de qualquer um dos chamados “benefícios”, caberá ao Juízo da Execução verificar a presença dos requisitos necessários à progressão, momento em que a prática da falta grave poderá ser objeto de consideração na análise do requisito subjetivo, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal. Portanto, uma vez constatada a má conduta, o indeferimento se dará, porém, sob outro fundamento que não o de falta de lapso temporal.

Note-se, inclusive, que ao magistrado não cabe inovar no momento da análise do preenchimento dos requisitos para a obtenção da progressão, acrescentando requisito não previsto em lei, ante a observância do princípio da legalidade.

O entendimento acima vem sendo acolhido por ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça também em relação à comutação e ao indulto, tanto é que a prática da falta grave não acarreta a interrupção do lapso para a concessão de tais benefícios, desde que atendidos os requisitos previstos no decreto que fundamenta o pedido.

Sobre o tema, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. COMUTAÇÃO DE PENAS. DECRETO-PRESIDENCIAL N. 5.620/05. REQUISITOS OBJETIVOS PREENCHIDOS. ROL TAXATIVO. FALTA GRAVE COMETIDA HÁ MAIS DE DOZE MESES. RÉU REINCIDENTE. FALTA DISCIPLINAR QUE NÃO INTERROMPE A CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL DE 1/3 DA PENA. RESTRIÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELO LEGISLADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Decreto 5.620/05 apenas estabeleceu dois requisitos para a obtenção do benefício da comutação das penas pelo preso reincidente, quais sejam, o cumprimento de 1/3 da reprimenda, bem como a ausência de cometimento de falta grave nos últimos doze meses de desconto da sanção a ele imposta.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, a contagem de prazo para a concessão do benefício da comutação não é interrompida pelo cometimento de falta disciplinar, pois o decreto não estabelece a exigência de o condenado cumprir, a partir do cometimento de falta grave, 1/3 da pena restante.

3. Sendo da competência discricionária do Presidente da República o estabelecimento dos requisitos necessários para a obtenção da benesse, não cabe ao Judiciário restringir a concessão do indulto parcial, criando novos requisitos além dos previstos no rol taxativo do Decreto 5.620/05.

4. Evidenciado o preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários para a obtenção do benefício da comutação da pena, deve ser reconhecida a ocorrência de constrangimento ilegal, passível de ser sanado na via do *writ*.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, e reconhecer o direito do paciente à comutação de 1/5 da pena, nos termos do Decreto 5.620/05. (HC 81.616/SP, Relatora Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada, Sexta Turma, DJ de 15.10.2007)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DA PENA INDEFERIDO PELO JUIZ DA VEC E PELO TRIBUNAL A *QUO*. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXIGIDOS PELO DECRETO 5.295/04.

COMETIMENTO DE FALTA GRAVE EM 08.03.2003. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA DEFERIR AO PACIENTE O DIREITO À COMUTAÇÃO DA PENA.

1. O Decreto 5.295/04 exige, para fins de obtenção do benefício da comutação das penas, que o condenado reincidente preencha dois requisitos, quais sejam: 1) cumprimento de 1/4 da sanção, se primário, e 1/3, se reincidente, até a data de 25 de dezembro de 2004, 2) não cometimento de falta grave nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação do referido Decreto.

2. *Ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para aquisição da referida benesse, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei. Precedentes do STJ.*

3. Parecer do MPF pela concessão do writ.

4. Ordem concedida. (HC 113.513/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, DJe de 25.05.2009.)

Em último ponto, diga-se que diante da interpretação desta Colenda Corte na análise dos pedidos de livramento condicional, indulto e comutação de pena, a Sexta Turma, a partir do julgamento do *habeas corpus* 123.451/RS, de que relator o já aposentado Ministro Nilson Naves, não tem feito qualquer diferença quanto à natureza do benefício pleiteado para o fim de análise do requisito objetivo. É que, como bem salientado pelo precedente por último citado, de que relator o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o princípio da legalidade não permite a criação de requisito objetivo não previsto em lei.

A propósito, veja-se o sumário daquela decisão:

Execução da pena (benefícios). Falta grave (ocorrência). Período aquisitivo (contagem). Interrupção (descabimento).

1. Um dos objetivos da execução é, sem dúvida, proporcionar condições para a integração social do condenado. A história da humanidade sempre teve compromisso com a reeducação do condenado e com sua reinserção social. Para isso, a Lei de Execução Penal prevê vários benefícios.

2. No caso, o cometimento de falta grave pelo apenado não há de importar a interrupção da contagem do prazo para a aquisição de benefícios na execução da pena. Ilícita, portanto, é a exigência de requisito objetivo não previsto em lei.

3. Ordem concedida. (HC 123451/RS, Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe de 03.08.2009.)

Em resumo, penso que o argumento esposado no voto proferido neste EREsp pelo eminente relator, Ministro Napoleão Maia Filho, de que a interrupção do lapso temporal para a progressão deve ser interrompido porque “se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução”, *data maxima venia*, a meu ver, não encontra respaldo legal. E, mais do que isto, com o devido respeito, conflita com a situação pacificada até mesmo no âmbito da egrégia Quinta Turma, uma vez que o custodiado que pleiteia a comutação de penas e o livramento condicional, no mais das vezes, encontra-se em regime fechado. E, ainda que venha a cometer falta grave, a sanção dela decorrente não atinge o tempo de pena cumprido e nem impede a sua concessão, como já demonstrado. Além do que, sob o ponto de vista da relação jurídica do preso com a administração, o cometimento de falta grave implica na adoção de sanção prevista na LEP, justamente para desestimular o cometimento de infrações no decorrer a execução. É o que a lei tem como necessário e suficiente para a manutenção da disciplina. E é o que basta para que o custodiado, sujeito de direitos e deveres perante o Estado no cumprimento da sanção imposta pelo Poder Judiciário, responda pelo ato de indisciplina eventualmente praticado. Já na esfera jurisdicional, seu comportamento deverá ser sopesado sob outro enfoque, não mais de caráter punitivo, senão o do preenchimento dos requisitos para a progressão.

Com isso, voto no sentido de negar provimento aos embargos de divergência, para manter o acórdão ora embargado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, meu voto é idêntico ao proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.133.804/RS, Relator o Sr. Ministro Gilson Dipp, negando acolhimento aos embargos de divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: - Sra. Presidente, *data venia*, acompanho o voto de divergência, negando provimento aos embargos de divergência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS): Ao minucioso relatório do eminente Ministro-Relator, acrescenta-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Terceira Seção, ocasião em que, após a prolação do voto do ilustre Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator), acolhendo os embargos de divergência, a fim de assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para a obtenção da progressão de regime, que foi acompanhado pelo Ministro Jorge Mussi, e do voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, rejeitando os embargos, e dos votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze e Sebastião Reis Júnior, que acompanharam a divergência, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Cinge-se a controvérsia dos autos em saber se o cometimento de falta grave tem o condão de interromper o lapso aquisitivo para a progressão de regime.

Como é de sabença, a Quinta Turma deste Sodalício tem entendimento reiterado de que a prática de infração disciplinar grave acarreta novo marco para a constatação do requisito objetivo.

Em sentido contrário, a Sexta Turma deste Tribunal Superior possui jurisprudência iterativa, no sentido de que o cometimento de falta grave não pode interromper o lapso aquisitivo para a evolução prisional.

À divergência entre os Órgãos Julgadores da Terceira Seção, acrescenta-se a tese colacionada pelo culto Ministro Marco Aurélio Bellizze no EREsp n. 1.133.804/RS, que faz distinção entre a situação jurídica do apenado, ao tempo da prática de infração disciplinar, ou seja, a depender da possibilidade de regressão de regime, o cometimento de falta grave implicará em novo marco interruptivo, ou não.

Em detida análise da divergência jurisprudencial, sem menos desconsiderar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que enriquece a discussão ao trazer novos elementos à consideração dos preclaros Julgadores, entendo que o posicionamento adotado pela Quinta Turma afigura-se como o mais adequado.

Dispõem os arts. 112 e 118, I, da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime

anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

Extrai-se dos referidos dispositivos legais que a regressão de regime e o cumprimento de novo lapso, em modo de resgate de pena mais gravoso, é efeito imediato da prática de falta grave, razão pela qual a evolução prisional não pode se dar sem que o tempo necessário à consecução do benefício seja completado.

Em outras palavras, praticada a infração disciplinar pelo apenado, esse deverá regredir de regime e, por conseguinte, cumprir novo lapso aquisitivo, em face da disposição legal que impõe o resgate de tempo em *regime anterior*.

Importar registrar, ainda, que mesmo que *não* haja regressão de regime, em razão do custodiado já se encontrar no regime mais severo, o apenado deverá cumprir novo tempo para evolução prisional, pois, se assim não fosse, o reeducando poderia pleitear sua transferência para o regime semiaberto, alegando, simplesmente, o seu bom comportamento.

Nessa senda, entender que a prática de falta grave no regime fechado não interrompe o lapso aquisitivo para a obtenção da progressão de regime, a meu ver, conferiria ao reeducando bônus perante a execução penal, já que a prática de falta grave não lhe acrescentaria maiores repercussões, pois as demais sanções advindas da insubmissão administrativa soar-lhe-iam brandas, ante a dispensabilidade de novo resgate de pena, o que, para muitos, seria um estímulo ao cometimento de infrações.

Outrossim, assentir com a preposição de que a prática de infração disciplinar não constitui novo marco para a evolução prisional, quando cometida por reclusos que se encontram no sistema fechado, no meu entender, violaria o princípio da igualdade, já que o custodiado que cumpre pena no regime intermediário, ao ser punido por falta grave, deverá regredir ao regime fechado e nele cumprir o prazo necessário para a progressão, circunstância que não se exigirá do infrator, que já se encontra no modo mais gravoso.

Dessarte, entendo que a prática de falta grave tem o condão de interromper o lapso aquisitivo para a progressão de regime, sendo desinfluyente a situação jurídica do apenado, ao tempo do cometimento da infração disciplinar.

Neste sentido, o Pretório Excelso já se pronunciou:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO E HOMICÍDIO QUALIFICADOS. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. ARTIGO 112 DA LEP. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME FECHADO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO (MÉRITO DO CONDENADO) EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.072/90 NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. CONHECIMENTO DA MATÉRIA POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A progressão do regime da pena imposta, *in casu* fechado, reclama o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84); a saber: a) cumprimento de um sexto da pena (requisito objetivo); b) bom comportamento carcerário (requisito subjetivo). 2. A prática de falta grave acarreta a interrupção da contagem do prazo para a progressão do regime de cumprimento de pena. Inobstante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido, não há que se falar em violação do princípio da legalidade. Isso porque a interrupção do prazo decorre de uma interpretação sistemática das regras legais existentes (Precedentes: HC n. 97.135/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 24.5.11; HC n. 106.685/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 15.3.11; RHC n. 106.481/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 3.3.11; HC n. 104.743/SP, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ de 29.11.10; HC n. 102.353/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 04.11.10; HC n. 103.941/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 23.11.10). 3. O réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime mais gravoso; todavia, ao réu que já cumpre pena no regime mais gravoso (regime fechado) não pode ser aplicado o instituto da regressão, sendo permitido, portanto, o reinício da contagem do prazo para a progressão, levando-se em conta o tempo de pena remanescente. 4. A análise do preenchimento, ou não, do requisito subjetivo implica a verificação do merecimento por parte do condenado, que demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*. (Precedentes: HC n. 95.486/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 1º.10.10; HC n. 80.713/SP, Relator o Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ de 27.04.01). 5. A alegação referente à inaplicabilidade da Lei n. 8.072/90 à hipótese dos autos não foi submetida à apreciação das instâncias precedentes, o que impede seja conhecida por esta Corte, sob pena de supressão de instância (Precedentes: HC n. 104.391/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 06.05.11; HC n. 102.981/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 24.03.11; HC n. 98.616/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 22.02.11). 6. Ordem denegada. (HC 102365, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado

em 14/06/2011, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011 EMENT VOL-02556-02 PP-00240)

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE NO CURSO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO DE 1/6 PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO. ORDEM DENEGADA. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o cometimento de falta grave reinicia a contagem do lapso temporal de 1/6 para a concessão de progressão de regime. Confirmam-se, por amostragem, os seguintes julgados: HCs 85.141, da minha relatoria; 85.605, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; 93.554, da relatoria do ministro Celso de Mello; 95.367, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e, mais recentemente, 101.915, da relatoria da ministra Ellen Gracie. 2. Tal maneira de decidir decorre da constatação de que o regime de cumprimento da pena é, em regra, progressivo, exigindo-se para tanto o cumprimento de, no mínimo, 1/6 do total da pena (requisito objetivo) e a presença de elementos subjetivos que recomendem a progressão do sentenciado. 3. No caso de condenados que pratiquem falta grave, o requisito objetivo para a obtenção do benefício da progressão é de ser reiniciado da data da falta grave, adotando-se por paradigma o quantum remanescente da pena. 4. Habeas corpus denegado. (HC 104.743, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010)

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE (FUGA) EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO DE 1/6 PARA A OBTENÇÃO DE NOVA PROGRESSÃO. PACIENTE QUE FICOU 1 ANO E 8 MESES FORAGIDO. PROPORCIONALIDADE DO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA COMO FALTA GRAVE. ORDEM DENEGADA. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o cometimento de falta grave reinicia a contagem do lapso temporal de 1/6 (1/6 de cumprimento da pena a que foi condenado ou ainda para cumprir) para a concessão de progressão de regime. Confirmam-se, por amostragem, os seguintes julgados: HCs 85.141, da minha relatoria; 85.605, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; 93.554, da relatoria do ministro Celso de Mello; 95.367, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e, mais recentemente, 101.915, da relatoria da ministra Ellen Gracie. 2. Na concreta situação dos autos, o paciente fugiu do estabelecimento penal, quando estava sob o regime aberto, e permaneceu foragido por 1 ano e 8 meses. Pelo que, observada a proporcionalidade no enquadramento da conduta como falta grave, é de incidir a pacífica jurisprudência deste STF. Jurisprudência decorrente da própria literalidade do art. 112 da Lei de Execuções Penais: fará jus à progressão, se e quando o condenado “tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”. 3. O período de 1/6 é de ser calculado, portanto, com apoio no restante da pena a ser cumprida, adotando-se como termo inicial de contagem a data em que o

sentenciado foi recapturado. 4. Habeas corpus denegado. (HC 103.154, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-215 DIVULG 09-11-2010 PUBLIC 10-11-2010 EMENT VOL-02428-01 PP-00017)

Ante o exposto, com a vênia dos demais, acompanho o Ministro Relator, para acolher os embargos de divergência, a fim de assentar que a prática de falta grave constitui marco interruptivo para a obtenção da progressão de regime, independentemente da situação jurídica em que se encontrar o apenado, ao tempo da infração disciplinar.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ): Trata-se de embargos de divergência em recurso especial, opostos pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, com o objetivo de uniformizar o entendimento conflitante entre as Turmas desta c. Terceira Seção, a respeito do efeito sobre o cálculo do lapso temporal para a progressão de regime prisional, a partir do cometimento de falta grave na execução criminal.

A Quinta Turma tem adotado o entendimento de que após o cometimento de falta grave deve ser reiniciada a contagem do lapso temporal para a obtenção da progressão de regime prisional sem, contudo, interromper-se o período aquisitivo para a obtenção de outros benefícios carcerários, tais como o livramento condicional e a comutação de pena.

A Sexta Turma filia-se ao entendimento de que não há previsão legal para o reinício da contagem do tempo necessário à obtenção da progressão de regime prisional, limitando-se o incidente da execução a macular o requisito subjetivo consistente no comportamento carcerário do apenado.

Nos presente autos, o eminente Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto no sentido da tese perfilhada pela Quinta Turma, considerando que o cometimento de falta grave, com a conseqüente regressão, quando for o caso, e a perda de parte dos dias remidos, deve acarretar o reinício do cálculo do lapso temporal para nova progressão de regime, tendo como base o *quantum* remanescente da pena, considerando-se tal medida como consectário lógico da punição administrativa pela falta grave.

A divergência foi aberta pelo voto da eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sob os fundamentos de que *(i)* não há previsão legal para o

reinício da contagem do tempo necessário à progressão de regime, (ii) a criação desse requisito importa a atuação legiferante do poder judiciário e (iii) é vedada na hermenêutica penal a utilização da analogia *in malam partem*, sob pena de ferir-se o Princípio da Anterioridade.

Neste processo, votaram com o eminente Ministro Relator os Ministros Jorge Mussi e Vasco Della Giustina. De outro lado, acompanharam a divergência, os Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Após, pedi vista dos autos para melhor analisar a *quaestio*.

É certo que a Constituição Federal consagra o primado do Princípio da Legalidade, nos termos do postulado do art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na lição de Alexandre de Moraes, em seu Direito Constitucional, lemos que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral” (MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL, Ed. Atlas, 24ª ed., fl. 41).

Segue o autor, citando Garcia de Enterría, *verbis*:

“quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (dura lex, sed lex), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem ‘dentro da Constituição’ e especialmente de acordo com a sua ‘ordem de valores’ que, com toda a explicitude expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais” (Op. Cit., fl. 42)

Por seu turno, impõe-se assinalar que o Direito Penal está íntima e intrinsecamente ligado aos comandos e limites constitucionais, mormente pela gravidade dos fatos a que se aplica, bem como, à consequência irretratável que se manifesta com a cominação da sanção de natureza penal.

O eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *in memoriam*, fez questão de destacar essa relação em sua obra Estrutura do Direito Penal, assim descrito:

“O Direito Penal está intimamente relacionado ao Direito Constitucional. Aliás, são setores jurídicos que a partir do Iluminismo sempre caminharam paralelamente.

O Direito Constitucional - relativo à Carta Política, diploma legal que enfeixa e garante a proteção dos direitos dos cidadãos - por razões políticas e históricas, estaria - e continua - presente no quadro do Direito Penal resultante do Humanismo.

Não é sem explicação e lógica, portanto, que princípios diretores do Direito Penal, como reforço e expressão do direito de liberdade, comparecessem tanto nas Constituições como nos Códigos Penais." (fl. 126)

Portanto, é forçosa a abordagem do tema em julgamento à luz do Princípio da Legalidade, como regente basilar da matéria.

A Lei de Execução Penal expressa que o sistema penitenciário adotado no Brasil se funda na forma progressiva do cumprimento da pena, conforme lê-se no art. 112, na forma alterada por legislação posterior:

*"Art. 112. **A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva** com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)*

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003)" (grifo nosso)

De outro lado, é certo que o mesmo diploma legal prevê a forma regressiva na execução da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 118, *verbis*:

*"Art. 118. **A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva**, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado." (grifo nosso)

Além da referida regressão de regime, o condenado que cometer falta grave estará sujeito às sanções previstas no art. 127 da LEP, hoje assim redigido:

“Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. (Redação dada pela Lei n. 12.433, de 2011)”

Ainda no que concerne ao cometimento da falta grave, prevista nos arts. 50 e 51 da LEP, o legislador federal estabeleceu no art. 57, parágrafo único, que:

“Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)” (grifo nosso)

Quais sejam:

“Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único):

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003) (grifo nosso)

Frise-se, por oportuno que as hipóteses punitivas aqui previstas constituem-se em *numerus clausus*, não havendo falar em rol meramente exemplificativo.

Por tudo que aqui se expôs, é certo que não há, de forma alguma, qualquer remição legal que determine ou autorize o reinício da contagem do prazo para a obtenção da progressão de regime, quer pelo total da pena imposta, quer pelo saldo remanescente a ser cumprido.

Releva notar que o cometimento de falta grave na execução da pena privativa de liberdade *“pode revelar má conduta carcerária, impedindo, assim, o preenchimento do requisito subjetivo para a progressão. Mas não pode estar vinculado ao requisito temporal que é objetivo”*, como expressamente ressaltou a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao inaugurar a divergência nos autos do EREsp 1.176.486/SP, cujo julgamento faz-se concomitantemente com este feito, por tratar da mesma matéria.

Há aqueles que entendem que o reinício da contagem do prazo para a obtenção de nova progressão de regime é consectário lógico da própria regressão, em razão de cometimento de falta grave, pois o apenado não se mostra ressocializado, devendo cumprir novo interstício para a obtenção do benefício carcerário progressivo.

Todavia, tal conclusão decorre do exercício de interpretação realizado pelo julgador.

Assim, deve-se analisar a hermenêutica adequada à aplicação da *quaestio jure*.

É inquestionável que cabe o Estado-Juiz, no uso do poder decorrente de sua investidura, a prática da interpretação das normas, a partir da hermenêutica jurídica.

Todavia, a hermenêutica própria do Direito Penal encontra sérias limitações, a fim de evitar-se o abuso de poder por parte do Estado, em desfavor do cidadão.

Ademais, deve-se ressaltar que o uso da analogia na criação de figuras típicas ou no agravamento da condição jurídica do cidadão, ou seja, *in malam partem*, além de violar o *status libertatis* inerente a todos, viola o Princípio da Anterioridade da lei penal, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine legge praevia*.

Nos dizeres de Basileu Garcia, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro, na obra anteriormente referida:

*“a analogia é um método de ampliação e extensão do âmbito da norma jurídica: aplica-se a um fato não previsto por lei, uma lei destinada a prever fatos semelhantes. É suficiente esse conceito para se ver que a **sua utilização no campo repressivo, para o fim de punir, aberrante inteiramente do princípio da legalidade dos delitos e das penas, e que ela não pode ser consentida no Direito Criminal** dos povos que o inscrevem nos pórticos da sua legislação”.* (grifo nosso)

Sempre oportuno lembrar o texto do eminente Ministro Francisco de Assis Toledo, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, ensina que *“corolário do princípio da legalidade é a proibição da analogia para fundamentar ou agravar a pena”* (fl. 26).

Segue o saudoso professor: *“estando regulamentada em lei uma situação particular, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante mas não regulamentada. É uma conclusão que se extrai do*

particular para o particular”, procedimento claramente incompatível com a defesa dos interesses públicos, inerentes ao Direito Penal e ao mister do Juiz no Estado Democrático de Direito.

O consagrado professor J. J. Gomes Canotilho ensina que “*a tarefa de interpretar e aplicar princípios jurídicos encontra insuperável obstáculo no sentido comum das palavras*”, e segue, “*não é válida a interpretação ou aplicação da norma que construa sentido contra o texto exposto do dispositivo, ou seja, do artigo da lei*”.

Na Teoria dos Princípios, Humberto Ávila delimita, de forma esclarecedora, a questão relativa aos limites interpretativos que se impõem ao Magistrado, aplicar a norma legal, *verbis*:

“O Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração geram um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender ‘provisória’ como permanente, ‘trinta dias’ como mais de trinta dias, ‘todos os recursos’ como alguns recursos, ‘ampla defesa’ como restrita defesa, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.”

Aliás, historicamente, este Superior Tribunal já deu mostras de sua missão na defesa dos princípios aqui invocados.

Colaciona-se como exemplos *(i)* a questão referente ao regime integralmente fechado para o cumprimento da pena pelo cometimento de crimes hediondos, rechaçado pela Sexta Turma (REsp 48.719/SP Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; HC 44.573/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti), bem como, *(ii)* a ofensa ao princípio da legalidade na aplicação de sanção por falta grave pelo uso de telefone celular dentro dos estabelecimentos prisionais, reconhecida pela Quinta Turma em precedentes dos eminentes Ministros Felix Fischer (HC 46.545/SP) e Gilson Dipp (HC 60.091/SP).

Em ambos os casos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas, antes mesmo que o Excelso Pretório tenha, formalmente, declarado sua incompatibilidade com o texto constitucional.

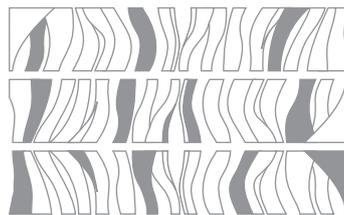
Por todo o exposto, reconhecendo a revisão do entendimento adotado até o momento nos julgamentos da Quinta Turma, peço vênias respeitadas ao eminente Ministro relator para acompanhar a divergência.

É o voto.

VOTO-DESEMPATE

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhores Ministros, todos conhecem o meu ponto de vista, já proferido reiteradas vezes em julgamentos na Quinta Turma. Tenho votado no sentido de que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção da progressão de regime, ressalvados os outros benefícios, que são o livramento condicional, o indulto e a comutação.

Diante disso, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.



Súmula n. 535

SÚMULA N. 535

A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LEP, arts. 112, 127 e 142.

Súmula n. 441-STJ.

Precedentes:

EREsp	1.176.486-SP	(3ª S, 28.03.2012 – DJe 1º.06.2012)
(*)REsp	1.364.192-RS	(3ª S, 12.02.2014 – DJe 17.09.2014) – acórdão publicado na íntegra
HC	294.974-SP	(5ª T, 25.11.2014 – DJe 1º.12.2014)
HC	296.764-RS	(5ª T, 18.12.2014 – DJe 04.02.2015)
HC	308.192-SP	(5ª T, 10.02.2015 – DJe 23.02.2015)
HC	305.001-SP	(5ª T, 24.02.2015 – DJe 03.03.2015)
HC	305.697-RS	(5ª T, 05.03.2015 – DJe 12.03.2015)
AgRg no RHC	40.520-ES	(6ª T, 03.04.2014 – DJe 15.04.2014)
RHC	41.303-SP	(6ª T, 15.05.2014 – DJe 03.06.2014)
HC	281.007-RS	(6ª T, 10.06.2014 – DJe 1º.07.2014)
HC	297.444-RS	(6ª T, 04.12.2014 – DJe 17.12.2014)
HC	308.070-SP	(6ª T, 19.03.2015 – DJe 27.03.2015)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.364.192-RS (2013/0029846-4)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Jauri José Silva de Oliveira

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUPTÃO. PRAZO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO. COMUTAÇÃO E INDULTO. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. DECRETO PRESIDENCIAL.

1. A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.

2. Em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave. Aplicação da Súmula 441/STJ.

3. Também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.

4. Recurso especial parcialmente provido para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de

Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Sustentou oralmente a Dra. Josane de Almeida Heerdt pelo recorrido, Jauri José Silva de Oliveira.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 17.9.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido no Agravo em Execução n. 70048297600 (fl. 46):

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. FALTA GRAVE RECONHECIDA.

Falta grave: reconhecida, porquanto o apenado restou foragido por quase um ano.

Alteração da data-base: descabimento, pois somente nova condenação transitada em julgado pode alterar a data de concessão de benefícios.

Perda dos dias remidos: nulidade da decisão no ponto. O art. 127 da Lei de Execução Penal confere uma faculdade ao julgador. Desta forma, é preciso que seja devidamente fundamentada a necessidade de impor a sanção de perda dos dias remidos e a fração a ser aplicada no caso concreto.

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Alega o recorrente ofensa ao art. 75, § 2º, do Código Penal e aos arts. 111, parágrafo único, e 118, I, do Código Penal, bem como divergência

jurisprudencial, sustentando que a prática de falta grave interrompe o prazo para benefícios na execução, importando em alteração da respectiva data-base.

Pede o provimento do recurso especial, nos termos explicitados.

Oferecidas contrarrazões (fls. 82/93), admitiu-se o recurso na origem na condição de recurso especial representativo da controvérsia (fls. 95/99).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fls. 120/123).

Às fls. 125/127, proferi decisão indicando o presente recurso especial como representativo da controvérsia, afetando seu julgamento à Terceira Seção.

Feitas as comunicações de praxe, abriu-se nova vista ao *Parquet*, que ratificou o parecer anteriormente oferecido (fl. 207).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A insurgência merece prosperar, em parte.

A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. QUESTÃO PACIFICADA. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

[...]

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.176.486/SP, pacificou o entendimento no sentido de que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime.

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(AgRg nos EREsp n. 1.238.177/SP, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 30/4/2013)

EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. TESE JURÍDICA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA TERCEIRA SEÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

[...]

2. No caso, a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a prática de falta grave pelo apenado no curso da execução autoriza a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EREsp n. 1.197.895/RJ, Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 19/12/2012)

No entanto, em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave, nos termos da Súmula 441/STJ:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Por fim, também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. 1. *MANDAMUS* UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HODIERNO ENTENDIMENTO DO STJ, QUE CONTA COM O LOUVÁVEL REFORÇO DA SUPREMA CORTE. 2. EXECUÇÃO PENAL. INTERRUÇÃO DO LAPSO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. DECORRÊNCIA LÓGICA DA FALTA GRAVE. 3. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

2. No caso, a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional e demais benefícios da execução, sem interferir, contudo, no lapso necessário à obtenção do livramento condicional ou à concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no Decreto Presidencial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 275.754/RS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 9/10/2013)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO QUE ATACOU, ESPECIFICAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. DISSÍDIO

JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL, PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. PERDA TOTAL DOS DIAS REMIDOS. ADVENTO DA LEI 12.433, DE 29 DE JUNHO DE 2011. LIMITAÇÃO A 1/3 (UM TERÇO) DA PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO.

[...]

IV. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou a jurisprudência, no sentido de que o cometimento de falta grave, pelo apenado, importa na regressão de regime, quando diverso do fechado, e na alteração da data-base para o reinício da contagem do prazo necessário para a obtenção do requisito objetivo, exigido para a progressão, no que tange ao restante do cumprimento da reprimenda, sem interrupção, porém, do período aquisitivo para a obtenção de benefícios da execução penal, a exemplo do livramento condicional e da comutação da pena (REsp 1.176.486/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, maioria, DJe de 01/06/2012).

V. Mesmo com o advento da Lei 12.433, de 29/06/2011 – que deu nova redação ao art. 127 da Lei 7.210/84, dispondo que, “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar” –, a falta grave continuou a representar marco interruptivo para a obtenção de progressão de regime prisional, ficando vedada apenas a perda total do tempo remido.

VI. A prática de falta grave, pelo apenado, não interrompe o lapso temporal para o livramento condicional (Súmula 441/STJ), indulto e comutação de pena, salvo, quanto aos dois últimos, se houver expressa previsão, no Decreto presidencial que conceder o benefício (art. 84, XII, da CF/88). Precedentes (STJ, HC 180.460/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, unânime, DJe de 27/08/2012; HC 205.863/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, unânime, DJe de 12/06/2012).

[...]

VIII. Agravo Regimental improvido.

[...]

(AgRg no AREsp n. 199.014/SP, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 28/10/2013)

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime.

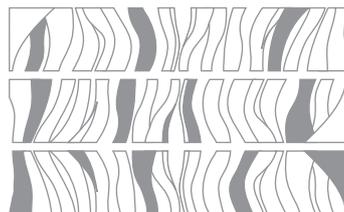
VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, quero também, a exemplo dos Colegas, louvar o trabalho executado pela Defensoria Pública para os presos em situação bem grave no Estado do Maranhão. O que nos acalenta nesta questão é que temos uma Defensoria Pública que, embora recém criada, tem boa atuação, pois conseguiu resolver as questões mais urgentes daquele caótico sistema prisional.

Quanto ao tema, a matéria, como diz o eminente Ministro Relator, já está pacificada nas duas Turmas desta Corte e até na Terceira Seção.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento ao recurso especial para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime prisional.

É como voto.



Súmula n. 536

SÚMULA N. 536

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Referências:

CF/1988, art. 226, § 8º.

CP, art. 129, § 9º.

Lei n. 9.099/1995, art. 89.

Lei n. 11.340/2006, art. 41.

Precedentes:

HC	173.426-MS	(5ª T, 25.11.2010 – DJe 13.12.2010)
HC	198.540-MS	(5ª T, 19.05.2011 – DJe 08.06.2011)
HC	203.374-MG	(5ª T, 16.06.2011 – DJe 29.06.2011)
RHC	42.092-RJ	(5ª T, 25.03.2014 – DJe 02.04.2014) – acórdão publicado na íntegra
HC	191.066-MS	(6ª T, 06.09.2011 – DJe 20.06.2012)
AgRg no HC	173.664-MG	(6ª T, 28.08.2012 – DJe 12.09.2012)
RHC	33.620-RS	(6ª T, 26.02.2013 – DJe 12.03.2013)

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 42.092-RJ (2013/0361990-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Jorge Cardias da Rosa

Advogado: Rafael Viana Rezende de Carvalho

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL (ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). CRIMES PRATICADOS POR PADRASTO CONTRA ENTEADA. LEI MARIA DA PENA. INCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COABITAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE INTIMIDADE E AFETO ENTRE AGRESSOR E VÍTIMA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DE TAL ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Nos termos do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, é perfeitamente possível a prática de violência doméstica e familiar nas relações entre o convivente da mãe e a filha desta, ainda que não tenham coabitado, exigindo-se, contudo, que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente entre o agressor e a vítima. Precedente.

2. Na hipótese dos autos, tanto o magistrado de origem quanto a autoridade apontada como coatora consignaram que o recorrente era padrasto da vítima e a agrediu após uma discussão desencadeada em razão do relacionamento amoroso que possuía com a mãe da ofendida, tendo a violência ocorrido no bojo de uma relação íntima de afeto.

3. A desconstituição de tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita.

PRETENDIDA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, do alegado direito do recorrente ao benefício da suspensão condicional do processo, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado.

2. Ainda que assim não fosse, após o julgamento do HC n. 106.212/MS pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, notadamente o da suspensão condicional do processo, aos acusados de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Precedentes.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 2.4.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por JORGE CARDIAS DA ROSA contra acórdão proferido pela

2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem no HC n. 0044547-72.2013.819.0000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado perante o III Juizado da Violência Doméstica da Regional de Jacarepaguá/RJ pela prática do delito de lesão corporal de natureza leve.

Em sua resposta à acusação, arguiu a incompetência do Juízo processante, o que foi afastado por este, que rejeitou, ainda, embargos de declaração que visavam à suspensão condicional do processo.

Inconformado, impetrou prévio *writ*, cuja ordem restou denegada.

Sustenta o patrono do recorrente que o caso dos autos não configuraria violência doméstica ou familiar, pois agressor e vítima não seriam da mesma família e nunca teriam vivido juntos.

Esclarece que é casado com pessoa diversa da genitora da vítima, com a qual teve um relacionamento rápido e esporádico.

Afirma que não nutriria qualquer sentimento de afeto ou de paternidade em relação à ofendida.

Alega que a vedação do artigo 41 da Lei 11.340/2006 não abrangeria expressamente a hipótese de suspensão condicional do processo, ressaltando que a proteção dada às mulheres no âmbito doméstico e familiar não teria aniquilado direitos e garantias fundamentais assegurados aos agressores.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a incompetência absoluta do Juizado da Violência Doméstica, determinando-se a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal e, subsidiariamente, pleiteia o direito do recorrente à suspensão condicional do processo.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 151/152.

Dispensadas as contrarrazões (e-STJ fl. 144), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 159/162, manifestou-se pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário em *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o reconhecimento da incompetência do Juizado da Violência Doméstica para processar e julgar o recorrente, ou a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

De acordo com o artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Da leitura do referido dispositivo legal, constata-se que é perfeitamente possível a prática de violência doméstica e familiar nas relações entre o convivente da mãe e a filha desta, ainda que não tenham coabitado, exigindo-se, contudo, que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente entre o agressor e a vítima.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO ENTRE AUTORES E VÍTIMA. COABITAÇÃO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal afirmou que o legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, teve em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. Ainda, restou consignado que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade/vulnerabilidade diante do homem ou de outra mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade (CC n. 88.027/MG, Ministro Og Fernandes, DJ 18/12/2008).

4. A intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de relações transitórias, passageiras, sendo desnecessária, para a comprovação do aludido vínculo, a coabitação entre o agente e a vítima ao tempo do crime.

5. No caso dos autos, mostra-se configurada, em princípio, uma relação íntima de afeto entre autores e ofendida, pois, além de os agressores já terem convivido com a vítima, o próprio paciente (pai da vítima) declarou, perante a autoridade policial, que a ofendida morou com ele por algum tempo, tendo inclusive montado um quarto em sua residência para ela.

6. Para a incidência da Lei Maria da Penha, faz-se necessária a demonstração da convivência íntima, bem como de uma situação de vulnerabilidade da mulher, que justifique a incidência da norma de caráter protetivo, hipótese esta configurada nos autos.

7. Para efetivamente verificar se o delito supostamente praticado pelos pacientes não guarda nenhuma motivação de gênero nem tenha sido perpetrado em contexto de relação íntima de afeto, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, o que, conforme cediço, não é cabível no âmbito estrito do writ.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 181.246/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013)

Na hipótese dos autos, o magistrado singular, adotando os fundamentos do parecer ministerial, rejeitou a alegação de incompetência formulada pelo acusado sob o argumento de que era padrasto da vítima e a agrediu após uma discussão desencadeada em razão do relacionamento amoroso que possuía com a mãe da ofendida, tendo a violência ocorrido no bojo de uma relação íntima de afeto (e-STJ fls. 32/34 e 35).

Igualmente, a autoridade apontada como coatora consignou que “a despeito de o réu alegar que seu relacionamento com a mãe da vítima está extinto, e que é casado há muitos anos com terceira pessoa, a par de se tratar de matéria de fato, que enseja a análise de provas, inviável no âmbito do habeas corpus, é inegável que as agressões sofridas tiveram origem naquela relação, ou melhor, em seu desfazimento, merecendo relevo o fato de que, a vítima afirmou que, o ora paciente insistiu em entrar na casa de sua mãe e, após uma breve discussão, ele disse que queria ser respeitado como homem, desferindo-lhe um soco no rosto” (e-STJ fl. 114).

Ora, para desconstituir tal entendimento e atestar que não haveria qualquer espécie de relacionamento entre o recorrente e a ofendida, de modo a afastar a competência do Juízo da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar o feito, seria necessário revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita.

A propósito:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA. ALEGAÇÃO DE QUE O FATO NÃO SE ENQUADRA NA LEI MARIA DA PENHA. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trancamento da ação penal, pela via de habeas corpus, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não é o caso dos autos.

2. No caso, a denúncia narra fato típico, descrevendo que “a vítima era esposa do averiguado e ambos discutiam judicialmente a separação. Desde então, o denunciado passou a ameaçá-la, bem como a seus parentes, criando blogs e e-mails com mensagens contrárias à vítima”.

3. Assim, não se evidencia estreme de dúvidas a alegada atipicidade da conduta do paciente, tornando temerário o atendimento ao pleito deduzido, sobretudo porque a peça acusatória, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, demonstra, em tese, a configuração do delito de ameaça.

4. A questão acerca do não enquadramento da conduta imputada ao paciente na Lei Maria da Penha requer o revolvimento da matéria fática, o que somente poderá ser discutido durante a instrução criminal.

5. Ordem denegada.

(HC 152.462/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 17/12/2010)

Finalmente, o inconformismo não pode ser conhecido no que se refere à pretendida concessão do benefício da suspensão condicional do processo, uma vez que a referida questão não foi alvo de deliberação pelo Tribunal Estadual no julgamento do *habeas corpus* originário, circunstância que impede a manifestação deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tópico, já que a prestação jurisdicional neste momento se daria em indevida supressão de instância.

A propósito:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. (...) 2. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. Não havendo manifestação do Tribunal Estadual sobre o pleito de suspensão condicional do processo, a matéria não pode ser analisada diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem denegada.

(HC 220.120/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

PENAL. TRÁFICO. (...) SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inviável a apreciação da questão relativa à suspensão condicional do processo, por não ter sido objeto de análise pelo Tribunal de Origem, não podendo ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

(...)

4. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, concedida, em parte, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 189.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

Ainda que assim não fosse, após o julgamento do HC n. 106.212/MS pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, notadamente o da suspensão condicional do processo, aos acusados de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei Maria da Penha.

Assim, tendo o recorrente sido denunciado como incurso nas penas do artigo 129, § 9º, do Código Penal, pela suposta prática de lesão corporal leve no âmbito de relação doméstica e familiar contra mulher (e-STJ fls. 8/10), não possui o direito à suspensão condicional do processo por expressa vedação legal.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9º, DO CP). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. (...) (2) APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95 (SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO). INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2. A Terceira Seção desta Corte, alinhando-se à posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, dentre eles a suspensão condicional do processo, as hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. Recurso não provido.

(RHC 31.661/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO NO SENTIDO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LEI N. 11.340/2006. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar, em razão do disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/2006. Precedentes.

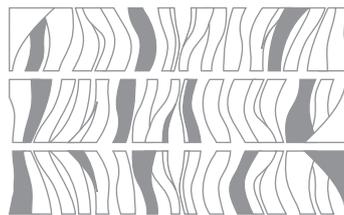
2. “Diante da posição firmada pelo Pretório Excelso, o disposto no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 não tem aplicação aos delitos de lesão corporal, ficando superado, nesse caso, qualquer debate acerca da necessidade de realização de audiência específica para oportunizar a renúncia da representação oferecida pela vítima” (HC 136.333/MG, 6ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 02/04/2012).

3. Habeas corpus denegado.

(HC 185.130/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012)

Ante o exposto, *conhece-se parcialmente* do recurso e, nessa extensão, *nega-se provimento* ao reclamo.

É o voto.



Índice Analítico

A

Abolitio criminis temporária - Aplicação - Crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado praticado até 23.10.2005 - Lei n. 10.826/2003. Súmula n. 513-STJ. RSSTJ 44/155.

Ação monitória - Cheque prescrito. Súmula n. 531-STJ. RSSTJ 44/471.

Anatel - Ilegitimidade - **Demanda entre concessionária e usuário de telefonia** - Relação contratual. Súmula n. 506-STJ. RSSTJ 44/25.

Atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial - Conduta típica - CP, arts. 304 e 307. Súmula n. 522-STJ. RSSTJ 44/323.

Auxílio-acidente - Aposentadoria - Cumulação - Lei n. 8.213/1991, arts. 23 e 86, §§ 2º e 3º - Lesão incapacitante - Aposentadoria - Anteriores a 11/11/1997. Súmula n. 507-STJ. RSSTJ 44/47.

B

Base de cálculo - **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)** - Lei Complementar n. 116/2003 - Lista anexa - Taxa de agenciamento. Súmula n. 524-STJ. RSSTJ 44/359.

Benefício de saída temporária - **Execução penal** - Lei n. 7.210/1984, arts. 66, IV, 123 e 124. Súmula n. 520-STJ. RSSTJ 44/297.

C

Caixa Econômica Federal (CEF) - Responsável pelo fornecimento - Extratos das contas individualizadas - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)**. Súmula n. 514-STJ. RSSTJ 44/181.

Câmara de Vereadores - Personalidade jurídica - Inexistência. Súmula n. 525-STJ. RSSTJ 44/377.

Causa de diminuição de pena - Aplicação - **Crime de tráfico de entorpecente** - Hediondez - Afastamento - Não ocorrência - Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º. Súmula n. 512-STJ. RSSTJ 44/129.

CC/2002, art. 787 - **Seguro de responsabilidade civil facultativo**. Súmula n. 529-STJ. RSSTJ 44/433.

CF/1988, art. 105, III, **a** - Fundado em alegada violação de enunciado de súmula - **Recurso especial** - Não cabimento. Súmula n. 518-STJ. RSSTJ 44/277.

Cheque prescrito - **Ação monitória**. Súmula n. 531-STJ. RSSTJ 44/471.

Cofins - Isenção - Revogação - Lei Complementar n. 70/1991, art. 6º, II - Lei n. 9.430/1996, art. 56 - Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Súmula n. 508-STJ. RSSTJ 44/67.

Comerciante de boa-fé - Compra e venda - Veracidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Aproveitamento de créditos - Licitude - Nota fiscal posteriormente declarada inidônea. Súmula n. 509-STJ. RSSTJ 44/89.

Competência - Contrato de plano de previdência privada - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - Justiça Estadual. Súmula n. 505-STJ. RSSTJ 44/11.

Competência - Crime de tráfico internacional. Súmula n. 528-STJ. RSSTJ 44/423.

Compra e venda - Veracidade - Comerciante de boa-fé - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Aproveitamento de créditos - Licitude - Nota fiscal posteriormente declarada inidônea. Súmula n. 509-STJ. RSSTJ 44/89.

Conduta típica - **Atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial** - CP, arts. 304 e 307. Súmula n. 522-STJ. RSSTJ 44/323.

Contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena - Interrupção - **Prática de falta grave**. Súmula n. 534-STJ. RSSTJ 44/541.

Contrato de plano de previdência privada - **Competência** - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - Justiça Estadual. Súmula n. 505-STJ. RSSTJ 44/11.

Contratos bancários - Taxa de juros. Súmula n. 530-STJ. RSSTJ 44/455.

Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para o Incra - Decreto-Lei n. 1.110/1970. Súmula n. 516-STJ. RSSTJ 44/207.

CP, arts. 304 e 307 - **Atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial** - Conduta típica. Súmula n. 522-STJ. RSSTJ 44/323.

CPC, arts. 20, § 4º; 475-I; 475-J, e 543-C - **Honorários advocatícios** - Lei n. 11.232/2005. Súmula n. 517-STJ. RSSTJ 44/251.

Crime de furto qualificado - Privilégio do § 2º do art. 155 - Reconhecimento - Possibilidade. Súmula n. 511-STJ. RSSTJ 44/113.

Crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado praticado até 23.10.2005 - **Abolitio criminis temporária** - Aplicação - Lei n. 10.826/2003. Súmula n. 513-STJ. RSSTJ 44/155.

Crime de tráfico de entorpecente - Causa de diminuição de pena - Aplicação - Hediondez - Afastamento - Não ocorrência - Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º. Súmula n. 512-STJ. RSSTJ 44/129.

Crime de tráfico internacional - **Competência**. Súmula n. 528-STJ. RSSTJ 44/423.

Cumprimento da pena - Lei n. 7.210/1984, arts. 52, *caput*, e 118, I - Reconhecimento de falta grave. Súmula n. 526-STJ. RSSTJ 44/389.

Cumprimento de sentença - Rejeição da impugnação - **Honorários advocatícios** - Não cabimento. Súmula n. 519-STJ. RSSTJ 44/285.

D

Decreto-Lei n. 1.110/1970 - **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para o Incra**. Súmula n. 516-STJ. RSSTJ 44/207.

Delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha - **Suspensão condicional do processo** - Transação penal - Inaplicabilidade. Súmula n. 536-STJ. RSSTJ 44/579.

Demanda entre concessionária e usuário de telefonia - Anatel - Ilegitimidade - Relação contratual. Súmula n. 506-STJ. RSSTJ 44/25.

E

Envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor - **Prática comercial abusiva**. Súmula n. 532-STJ. RSSTJ 44/495.

Execução fiscal de multa pendente de pagamento - Legitimidade - Procuradoria da Fazenda Pública. Súmula n. 521-STJ. RSSTJ 44/315.

Execução penal - Benefício de saída temporária - Lei n. 7.210/1984, arts. 66, IV, 123 e 124. Súmula n. 520-STJ. RSSTJ 44/297.

Execução penal - Reconhecimento da prática de falta disciplinar. Súmula n. 533-STJ. RSSTJ 44/509.

Execuções fiscais contra o mesmo devedor - Reunião - Faculdade do juiz. Súmula n. 515-STJ. RSSTJ 44/191.

Extratos das contas individualizadas - Caixa Econômica Federal (CEF) - Responsável pelo fornecimento - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)**. Súmula n. 514-STJ. RSSTJ 44/181.

F

Faculdade do juiz - **Execuções fiscais contra o mesmo devedor** - Reunião. Súmula n. 515-STJ. RSSTJ 44/191.

Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - **Competência** - Contrato de plano de previdência privada - Justiça Estadual. Súmula n. 505-STJ. RSSTJ 44/11.

Fundado em alegada violação de enunciado de súmula - CF/1988, art. 105, III, **a** - **Recurso especial** - Não cabimento. Súmula n. 518-STJ. RSSTJ 44/277.

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Responsável pelo fornecimento - Extratos das contas individualizadas. Súmula n. 514-STJ. RSSTJ 44/181.

H

Hediondez - Afastamento - Não ocorrência - Causa de diminuição de pena - Aplicação - **Crime de tráfico de entorpecente** - Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º. Súmula n. 512-STJ. RSSTJ 44/129.

Honorários advocatícios - CPC, arts. 20, § 4º; 475-I; 475-J, e 543-C - Lei n. 11.232/2005. Súmula n. 517-STJ. RSSTJ 44/251.

Honorários advocatícios - Não cabimento - Cumprimento de sentença - Rejeição da impugnação. Súmula n. 519-STJ. RSSTJ 44/285.

I

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Aproveitamento de créditos - Licitude - Comerciante de boa-fé - Compra e venda - Veracidade - Nota fiscal posteriormente declarada inidônea. Súmula n. 509-STJ. RSSTJ 44/89.

Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) - Base de cálculo - Lei Complementar n. 116/2003 - Lista anexa - Taxa de agenciamento. Súmula n. 524-STJ. RSSTJ 44/359.

J

Justiça Estadual - **Competência** - Contrato de plano de previdência privada - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social. Súmula n. 505-STJ. RSSTJ 44/11.

L

Legitimidade - Procuradoria da Fazenda Pública - **Execução fiscal de multa pendente de pagamento**. Súmula n. 521-STJ. RSSTJ 44/315.

Lei Complementar n. 70/1991, art. 6º, II - **Cofins** - Isenção - Revogação - Lei n. 9.430/1996, art. 56 - Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Súmula n. 508-STJ. RSSTJ 44/67.

Lei Complementar n. 116/2003 - Lista anexa - Base de cálculo - **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)** - Taxa de agenciamento. Súmula n. 524-STJ. RSSTJ 44/359.

Lei n. 7.210/1984, arts. 52, *caput*, e 118, I - **Cumprimento da pena** - Reconhecimento de falta grave. Súmula n. 526-STJ. RSSTJ 44/389.

Lei n. 7.210/1984, arts. 66, IV, 123 e 124 - Benefício de saída temporária - **Execução penal**. Súmula n. 520-STJ. RSSTJ 44/297.

Lei n. 8.213/1991, arts. 23 e 86, §§ 2º e 3º - **Auxílio-acidente** - Aposentadoria - Cumulação - Lesão incapacitante - Aposentadoria - Anteriores a 11/11/1997. Súmula n. 507-STJ. RSSTJ 44/47.

Lei n. 9.430/1996, art. 56 - **Cofins** - Isenção - Revogação - Lei Complementar n. 70/1991, art. 6º, II - Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Súmula n. 508-STJ. RSSTJ 44/67.

Lei n. 10.826/2003 - **Abolitio criminis temporária** - Aplicação - Crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado praticado até 23.10.2005. Súmula n. 513-STJ. RSSTJ 44/155.

Lei n. 11.232/2005 - CPC, arts. 20, § 4º; 475-I; 475-J, e 543-C - **Honorários advocatícios**. Súmula n. 517-STJ. RSSTJ 44/251.

Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º - Causa de diminuição de pena - Aplicação - **Crime de tráfico de entorpecente** - Hediondez - Afastamento - Não ocorrência. Súmula n. 512-STJ. RSSTJ 44/129.

Lesão incapacitante - Aposentadoria - Anteriores a 11/11/1997 - **Auxílio-acidente** - Aposentadoria - Cumulação - Lei n. 8.213/1991, arts. 23 e 86, §§ 2º e 3º. Súmula n. 507-STJ. RSSTJ 44/47.

M

Medida de segurança - Tempo de duração. Súmula n. 527-STJ. RSSTJ 44/415.

N

Nota fiscal posteriormente declarada inidônea - Comerciante de boa-fé - Compra e venda - Veracidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Aproveitamento de créditos - Licitude. Súmula n. 509-STJ. RSSTJ 44/89.

P

Pagamento de multas e despesas - Inexigibilidade - **Transporte irregular de passageiros** - Veículo retido - Liberação. Súmula n. 510-STJ. RSSTJ 44/105.

Personalidade jurídica - Inexistência - **Câmara de Vereadores**. Súmula n. 525-STJ. RSSTJ 44/377.

Prática comercial abusiva - Envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor. Súmula n. 532-STJ. RSSTJ 44/495.

Prática de falta grave - Contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena - Interrupção. Súmula n. 534-STJ. RSSTJ 44/541.

Prática de falta grave - Prazo para fim de comutação de pena ou indulto - Não interrupção. Súmula n. 535-STJ. RSSTJ 44/569.

Prazo para fim de comutação de pena ou indulto - Não interrupção - **Prática de falta grave**. Súmula n. 535-STJ. RSSTJ 44/569.

Privilégio do § 2º do art. 155 - Reconhecimento - Possibilidade - **Crime de furto qualificado**. Súmula n. 511-STJ. RSSTJ 44/113.

R

Reconhecimento da prática de falta disciplinar - **Execução penal**. Súmula n. 533-STJ. RSSTJ 44/509.

Reconhecimento de falta grave - **Cumprimento da pena** - Lei n. 7.210/1984, arts. 52, *caput*, e 118, I. Súmula n. 526-STJ. RSSTJ 44/389.

Recurso especial - Não cabimento - CF/1988, art. 105, III, **a** - Fundado em alegada violação de enunciado de súmula. Súmula n. 518-STJ. RSSTJ 44/277.

Relação contratual - Anatel - Ilegitimidade - **Demanda entre concessionária e usuário de telefonia**. Súmula n. 506-STJ. RSSTJ 44/25.

Repetição de indébito de tributos estaduais - Taxa de juros de mora. Súmula n. 523-STJ. RSSTJ 44/337.

S

Seguro de responsabilidade civil facultativo - CC/2002, art. 787. Súmula n. 529-STJ. RSSTJ 44/433.

Sociedades civis de prestação de serviços profissionais - **Cofins** - Isenção - Revogação - Lei Complementar n. 70/1991, art. 6º, II - Lei n. 9.430/1996, art. 56. Súmula n. 508-STJ. RSSTJ 44/67.

Súmula n. 505-STJ - **Competência** - Contrato de plano de previdência privada - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - Justiça Estadual. RSSTJ 44/11.

Súmula n. 506-STJ - Anatel - Ilegitimidade - **Demanda entre concessionária e usuário de telefonia** - Relação contratual. RSSTJ 44/25.

Súmula n. 507-STJ - **Auxílio-acidente** - Aposentadoria - Cumulação - Lei n. 8.213/1991, arts. 23 e 86, §§ 2º e 3º - Lesão incapacitante - Aposentadoria - Anteriores a 11/11/1997. RSSTJ 44/47.

Súmula n. 508-STJ - **Cofins** - Isenção - Revogação - Lei Complementar n. 70/1991, art. 6º, II - Lei n. 9.430/1996, art. 56 - Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. RSSTJ 44/67.

Súmula n. 509-STJ - Comerciante de boa-fé - Compra e venda - Veracidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Aproveitamento de créditos - Lícitude - Nota fiscal posteriormente declarada inidônea. RSSTJ 44/89.

Súmula n. 510-STJ - Pagamento de multas e despesas - Inexigibilidade - **Transporte irregular de passageiros** - Veículo retido - Liberação. RSSTJ 44/105.

Súmula n. 511-STJ - **Crime de furto qualificado** - Privilégio do § 2º do art. 155 - Reconhecimento - Possibilidade. RSSTJ 44/113.

Súmula n. 512-STJ - Causa de diminuição de pena - Aplicação - **Crime de tráfico de entorpecente** - Hediondez - Afastamento - Não ocorrência - Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º. RSSTJ 44/129.

Súmula n. 513-STJ - **Abolitio criminis temporária** - Aplicação - Crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado praticado até 23.10.2005 - Lei n. 10.826/2003. RSSTJ 44/155.

Súmula n. 514-STJ - Caixa Econômica Federal (CEF) - Responsável pelo fornecimento - Extratos das contas individualizadas - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)**. RSSTJ 44/181.

Súmula n. 515-STJ - **Execuções fiscais contra o mesmo devedor** - Reunião - Faculdade do juiz. RSSTJ 44/191.

Súmula n. 516-STJ - **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para o Incra** - Decreto-Lei n. 1.110/1970. RSSTJ 44/207.

Súmula n. 517-STJ - CPC, arts. 20, § 4º; 475-I; 475-J, e 543-C - **Honorários advocatícios** - Lei n. 11.232/2005. RSSTJ 44/251.

Súmula n. 518-STJ - CF/1988, art. 105, III, **a** - Fundado em alegada violação de enunciado de súmula - **Recurso especial** - Não cabimento. RSSTJ 44/277.

Súmula n. 519-STJ - Cumprimento de sentença - Rejeição da impugnação - **Honorários advocatícios** - Não cabimento. RSSTJ 44/285.

Súmula n. 520-STJ - Benefício de saída temporária - **Execução penal** - Lei n. 7.210/1984, arts. 66, IV, 123 e 124. RSSTJ 44/297.

Súmula n. 521-STJ - **Execução fiscal de multa pendente de pagamento** - Legitimidade - Procuradoria da Fazenda Pública. RSSTJ 44/315.

Súmula n. 522-STJ - **Atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial** - Conduta típica - CP, arts. 304 e 307. RSSTJ 44/323.

Súmula n. 523-STJ - **Repetição de indébito de tributos estaduais** - Taxa de juros de mora. RSSTJ 44/337.

Súmula n. 524-STJ - Base de cálculo - **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)** - Lei Complementar n. 116/2003 - Lista anexa - Taxa de agenciamento. RSSTJ 44/359.

Súmula n. 525-STJ - **Câmara de Vereadores** - Personalidade jurídica - Inexistência. RSSTJ 44/377.

Súmula n. 526-STJ - **Cumprimento da pena** - Lei n. 7.210/1984, arts. 52, *caput*, e 118, I - Reconhecimento de falta grave. RSSTJ 44/389.

Súmula n. 527-STJ - **Medida de segurança** - Tempo de duração. RSSTJ 44/415.

Súmula n. 528-STJ - **Competência** - Crime de tráfico internacional. RSSTJ 44/423.

Súmula n. 529-STJ - CC/2002, art. 787 - **Seguro de responsabilidade civil facultativo**. RSSTJ 44/433.

Súmula n. 530-STJ - **Contratos bancários** - Taxa de juros. RSSTJ 44/455.

Súmula n. 531-STJ - **Ação monitória** - Cheque prescrito. RSSTJ 44/471.

Súmula n. 532-STJ - Envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor - **Prática comercial abusiva**. RSSTJ 44/495.

Súmula n. 533-STJ - **Execução penal** - Reconhecimento da prática de falta disciplinar. RSSTJ 44/509.

Súmula n. 534-STJ - Contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena - Interrupção - **Prática de falta grave**. RSSTJ 44/541.

Súmula n. 535-STJ - **Prática de falta grave** - Prazo para fim de comutação de pena ou indulto - Não interrupção. RSSTJ 44/569.

Súmula n. 536-STJ - Delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha - **Suspensão condicional do processo** - Transação penal - Inaplicabilidade. RSSTJ 44/579.

Suspensão condicional do processo - Transação penal - Inaplicabilidade - Delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Súmula n. 536-STJ. RSSTJ 44/579.

T

Taxa de agenciamento - Base de cálculo - **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)** - Lei Complementar n. 116/2003 - Lista anexa. Súmula n. 524-STJ. RSSTJ 44/359.

Taxa de juros - **Contratos bancários**. Súmula n. 530-STJ. RSSTJ 44/455.

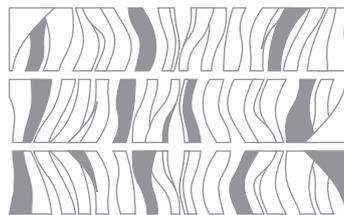
Taxa de juros de mora - **Repetição de indébito de tributos estaduais**. Súmula n. 523-STJ. RSSTJ 44/337.

Tempo de duração - **Medida de segurança**. Súmula n. 527-STJ. RSSTJ 44/415.

Transporte irregular de passageiros - Pagamento de multas e despesas - Inexigibilidade - Veículo retido - Liberação. Súmula n. 510-STJ. RSSTJ 44/105.

V

Veículo retido - Liberação - Pagamento de multas e despesas - Inexigibilidade - **Transporte irregular de passageiros**. Súmula n. 510-STJ. RSSTJ 44/105.



Índice Sistemático

SÚMULA N. 505

REsp 1.187.776-MG Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino..... RSSTJ 44/15

SÚMULA N. 506

REsp 1.068.944-PB Rel. Min. Teori Albino Zavascki..... RSSTJ 44/29

SÚMULA N. 507

REsp 1.296.673-MG Rel. Min. Herman Benjamim RSSTJ 44/51

SÚMULA N. 508

REsp 826.428-MG Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/71

EDcl no REsp 826.428-MG.. Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/82

SÚMULA N. 509

REsp 1.148.444-MG Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/93

SÚMULA N. 510

REsp 1.144.810-MG Rel. Min. Teori Albino Zavascki..... RSSTJ 44/109

SÚMULA N. 511

REsp 1.193.194-MG Rel. Min. Maria Thereza de Assis MouraRSSTJ 44/117

SÚMULA N. 512 (Cancelada)

Pet 11.796-DF Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura RSSTJ 44/133
REsp 1.329.088-RS Rel. Min. Sebastião Reis Júnior RSSTJ 44/140

SÚMULA N. 513

REsp 1.311.408-RN Rel. Min. Sebastião Reis Júnior RSSTJ 44/159

SÚMULA N. 514

REsp 1.108.034-RN Rel. Min. Humberto Martins RSSTJ 44/185

SÚMULA N. 515

REsp 1.158.766-RJ Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/195

SÚMULA N. 516

REsp 977.058-RS Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/211

SÚMULA N. 517

REsp 1.134.186-RS Rel. Min. Luis Felipe Salomão RSSTJ 44/255

SÚMULA N. 518

REsp 1.347.557-DF Rel. Min. Herman Benjamim RSSTJ 44/281

SÚMULA N. 519

REsp 1.361.191-RS Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.... RSSTJ 44/289

SÚMULA N. 520

REsp 1.166.251-RJ Rel. Min. Laurita Vaz RSSTJ 44/301

SÚMULA N. 521

EREsp 699.286-SP Rel. Min. Nilson Naves..... RSSTJ 44/319

SÚMULA N. 522

REsp 1.362.524-MG Rel. Min. Sebastião Reis Júnior RSSTJ 44/327

SÚMULA N. 523

REsp 879.844-MG Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/341
REsp 1.111.189-SP Rel. Min. Teori Albino Zavascki..... RSSTJ 44/349

SÚMULA N. 524

REsp 1.138.205-PR Rel. Min. Luiz Fux RSSTJ 44/363

SÚMULA N. 525

REsp 1.164.017-PI Rel. Min. Castro Meira..... RSSTJ 44/381

SÚMULA N. 526

REsp 1.336.561-RS Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura RSSTJ 44/393

SÚMULA N. 527

HC 269.377-AL Rel. Min. Rogério Schietti Cruz RSSTJ 44/419

SÚMULA N. 528

CC 133.560-RJ Rel. Min. Rogério Schietti Cruz RSSTJ 44/427

SÚMULA N. 529

REsp 962.230-RS Rel. Min. Luis Felipe Salomão RSSTJ 44/437

SÚMULA N. 530

REsp 1.112.880-PR Rel. Min. Nancy Andrighi RSSTJ 44/459

SÚMULA N. 531

REsp 1.094.571-SP Rel. Min. Luis Felipe Salomão RSSTJ 44/475

SÚMULA N. 532

REsp 1.261.513-SP Rel. Min. Mauro Campbell Marques..... RSSTJ 44/499

SÚMULA N. 533

REsp 1.378.557-RS Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSSTJ 44/513

SÚMULA N. 534

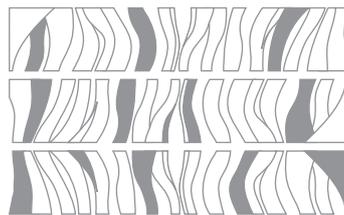
EREsp 1.176.486-SP Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.. RSSTJ 44/545

SÚMULA N. 535

REsp 1.364.192-RS Rel. Min. Sebastião Reis Júnior RSSTJ 44/573

SÚMULA N. 536

RHC 42.092-RJ Rel. Min. Jorge Mussi RSSTJ 44/583



Siglas e Abreviaturas

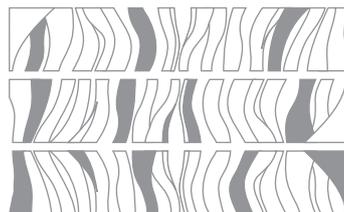
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal

SIGLAS E ABREVIATURAS

S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.
12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.
13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.
14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.
19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.
22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Juríd Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996. - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008. **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.
71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015.

80. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - de propriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - endereço eletrônico: <https://www.ibdfam.org.br> - Portaria n. 3 de 27.09.2016 - DJe 04.10.2016.

81. Revista Bahia Forense - Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Portaria n. 3 de 13.09.2017 - DJe 14.09.2017.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ