



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.

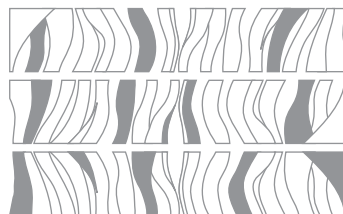
Ora, o inconformismo ministerial, *data maxima venia*, não pode prevalecer no caso em exame. Não há vulneração do art. 124 da Lei de Execuções Penais. O que se pretende com a LEP é reintegrar gradualmente o condenado à sociedade. Não sei se há outro objetivo primordial. Ademais, trata-se de um direito 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.

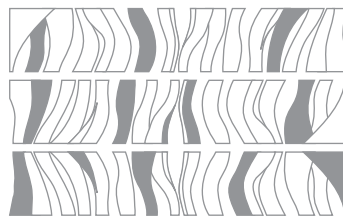
1. Incidência, no caso, da Súmula n. 168/STJ, tendo em vista que o Acórdão embargado decidiu na linha da jurisprudência desta Corte, no sentido de que, ‘desde o advento da Lei n. 9.268/96, compete ao Estado, através de seus procuradores, promover a execução da pena de multa imposta em processo criminal (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 Gutierrez).

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.

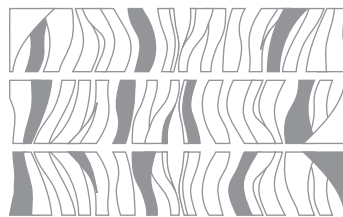
Bem se vê, portanto, que não há qualquer razão plausível para justificar a decisão do acórdão embargado, de aplicar, nesses casos, o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação dada pela MP 2.180-35/2001), norma absolutamente estranha à matéria tributária, pois regula apenas hipóteses de *pagamento de verbas 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.