



Súmula n. 436

SÚMULA N. 436

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Referências:

CTN, art. 150.

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.779/1999, art. 16.

IN n. 129/1986-SRF, regulada pela IN8 n. 395/2004-SRF (com fulcro no art. 5º do DL n. 2.124/1984).

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

(*)REsp	1.101.728-SP	(1ª S, 11.03.2009 – DJe 23.03.2009) – acórdão publicado na íntegra
REsp	510.802-SP	(1ª T, 1º.04.2004 – DJ 14.06.2004)
REsp	823.953-SP	(1ª T, 09.09.2008 – DJe 1º.10.2008)
REsp	603.448-PE	(2ª T, 07.11.2006 – DJ 04.12.2006)
AgRg no		
Ag	937.706-MG	(2ª T, 06.03.2008 – DJe 04.03.2009)
REsp	1.090.248-SP	(2ª T, 02.12.2008 – DJe 18.12.2008)
AgRg no		
Ag	1.146.516-SP	(2ª T, 04.03.2010 – DJe 22.03.2010)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 14.4.2010

DJe 13.5.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.101.728-SP (2008/0244024-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Borda do Campo Indústria e Comércio de Biscoitos Ltda e outros

Advogado: Jose Roberto Silveira Batista e outro(s)

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

Procurador: Carlos Alberto Bittar Filho e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que “a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco” (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.2008).

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente 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, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, 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.

Sustentou, oralmente, o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, pela recorrida.

Brasília (DF), 11 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 23.3.2009

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 confirmou sentença de improcedência de embargos à execução fiscal propostos por Borda do Campo Indústria e Comércio de Biscoitos LTDA, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e Edson Nicoletti e Márcia Fátima Capelli, seus sócios-gerentes. No que se refere à responsabilidade dos sócios, decidiu o acórdão o seguinte:

“A simples existência de débito parafiscal ou fiscal impago é apto a deflagrar a responsabilidade solidária de que trata o art. 135 do CTN, na medida em que configura descumprimento ou ‘infração à lei’, pois toda obrigação fiscal corresponde a uma obrigação ex lege. (...) Tratando-se de obrigação fiscal, de ordem legal, a ausência do devido recolhimento configura excesso na gestão e infração à lei, permitindo a extensão da responsabilidade solidária, para fazer alcançar os sócios que formam a sociedade executada” (fls. 87).

E, no que se à constituição do crédito tributário, decidiu:

“A presente execução tem por escopo débito declarado pelo próprio contribuinte, através da Guia de Informação e Apuração (GIA)”, sendo que “a simples declaração

pelo contribuinte já é suficiente para constituição do crédito tributário, não sendo necessária expressa homologação pela Fazenda. A instauração de procedimento com outorga de defesa se mostraria necessária apenas se o Fisco viesse a alterar os valores declarados pelo contribuinte” (fls. 88).

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 102-104).

Em recurso especial (fls. 107-126), interposto apontou-se, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos:

I - no que diz respeito à responsabilidade dos sócios, o art. 135, III, do CTN, ao argumento central de que a simples falta de pagamento do tributo devido pela sociedade não acarreta a responsabilidade do sócio; “a responsabilidade dos mandatários, prepostos, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas (...), deve ser oriunda de ato obrado com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto, sendo que neste caso sempre compete ao credor o ônus da prova” (fl. 116);

II) - no que diz respeito à constituição do crédito tributário, os artigos 3º da Lei 6.830/80 e 201 do CTN, ao argumento de que, “antes que o suposto crédito seja inscrito na ‘Dívida Ativa’, mister um procedimento administrativo em que deverá ser apurado, inclusive com a ampla defesa garantida constitucionalmente, a ocorrência ou não do ilícito gerador do crédito pretendido” (fl. 121); consequentemente, também restou violado o art. 618, I, do CPC, já que “a Certidão de Dívida Ativa está eivada de nulidade, de maneira que, como título executivo, não é líquido, certo e exigível, pois foi constituído ao arrepio da lei, notadamente pela inexistência de um processo administrativo válido, garantido pela ampla defesa” (fl. 123).

Em contra-razões (fls. 142-146), a recorrida suscita preliminar de não-conhecimento do recurso especial ante a falta de prequestionamento. No mérito, postula seu desprovimento.

O recurso foi admitido na origem sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, o que foi confirmado pela decisão de fl. 154.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo seu parcial conhecimento e, na parte conhecida, pelo seu provimento (fls. 225-232).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O acórdão oriundo do TJ/SP não serve para a caracterização da divergência, pois foi proferido pelo Tribunal que prolatou o acórdão recorrido. Segundo a Súmula 13 do STJ, “a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”. Todavia, o recurso pode ser conhecido pela letra *a* do permissivo constitucional, já que pois a matéria nele tratada foi devidamente prequestionada.

2. Pela ordem lógica de prejudicialidade, cumpre examinar primeiramente a matéria relacionada com a constituição do crédito tributário. No particular, nenhuma razão assiste aos recorrentes. A jurisprudência desta Corte, é no sentido de que “a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco”, entendimento que foi inclusive ratificado por ocasião do julgamento, por esta 1ª Seção, sob o regime do art. 543-C do CPC, do REsp 962.379, DJ de 28.10.08. Na oportunidade, na condição de relator, proferi voto que, no particular, evocou diversos precedentes da Seção nesse sentido, *v.g.*, AgRg nos EAgr 670.326/PR, DJ de 01.08.2006; AgRg nos EREsp 332.322/SC, DJ de 21.11.2005 e AgRg nos EREsp 638.069, este com ementa assim explicitando o tema:

“2. Segundo jurisprudência pacífica do STJ, a apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF (instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN8 SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de formalizar a existência (= constituir) do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco”

No voto, constou:

“2. Pois bem, é inteiramente equivocada a afirmação, ainda corrente, de que o lançamento, feito pela autoridade fiscal, é instituto indispensável e sempre presente nos fenômenos tributários e que, ademais, é o único modo para efetivar a constituição do crédito tributário. Contrariando tal afirmação, observou o Ministro Peçanha Martins que “é pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, nos tributos lançados por homologação, a declaração do contribuinte, através da DCTF, elide a necessidade da constituição formal de débito pelo fisco podendo ser, em caso de não pagamento no prazo, imediatamente

inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte" (Recurso especial não conhecido." (REsp 281.867/SC, 2ª T. Min. Peçanha Martins, DJ de 26.05.2003).

Na verdade, o art. 142 do CTN - segundo o qual "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível" - não atribui ao Fisco a exclusividade de constituir o crédito tributário, nem está erigindo o lançamento como única forma para a sua constituição. A exclusividade, a que se refere o dispositivo, diz respeito apenas ao lançamento, mas não à constituição do crédito. Ou seja: somente o Fisco pode promover o procedimento administrativo de lançar, o que não é o mesmo que atribuir ao Fisco a exclusividade de constituir o crédito ou de identificar no lançamento o único modo para constituí-lo.

É precisa, no particular, a observação de Denise Lucena Cavalcante, que, invocando as lições de Paulo de Barros Carvalho - "Preconceito inaceitável é o de grande parte da doutrina brasileira, para a qual o lançamento estaria sempre presente ali onde houvesse fenômeno de índole tributária. Dito de outro modo: o lançamento seria da essência do regime jurídico de todos os entes tributários. A proposição não é verdadeira" (Curso de Direito Tributário, 13ª ed., p. 281), escreveu:

"Ao limitar-se à análise restritiva do art. 142 do Código Tributário Nacional, poder-se-á cair no mesmo equívoco que muitos doutrinadores vêm repetindo ao afirmar que o crédito tributário sempre é constituído pelo lançamento.

É preciso alertar que o art. 142 do Código Tributário Nacional refere-se tão-somente à constituição do crédito tributário pelo lançamento, e, sendo o lançamento uma categoria de direito positivo, não se discute, aqui, a literalidade do texto, que não permite outra interpretação que não seja a de que o lançamento é ato exclusivo da autoridade fazendária.

Reconhecendo à base experimental, que é o ordenamento jurídico no seu sentido mais amplo, ver-se-á que outros dispositivos legais determinam que o crédito tributário seja diretamente constituído pelo cidadão-contribuinte, não se contrapondo, assim, à situação do art. 142 do Código Tributário Nacional, que é somente uma das formas de constituição de crédito" (Crédito Tributário - a função do cidadão-contribuinte na relação tributária, SP, Malheiros, 2004, p. 97).

De fato, conforme decorre das normas gerais estabelecidas no CTN, a ocorrência do fato gerador dá origem à obrigação tributária (CTN, art. 133,

§ 1º), que representa o tributo ainda em estado ilíquido, incerto e inexigível (em estado “bruto”). O crédito tributário propriamente dito nasce (“constitui-se”) com a formalização da obrigação tributária. Ora, essa formalização (= constituição do crédito tributário) pode ocorrer por vários modos. Em primeiro lugar, pelo lançamento, nas suas diversas espécies. São modalidades clássicas de lançamento: de ofício (“direto”) – CTN, art. 149; por declaração ou misto (com base em declaração do contribuinte) CTN, art. 147) e por homologação (CTN, art. 150). Há também o lançamento por “homologação” expressa ou tácita, denominado “autolancamento) (CTN, art.150), que, a rigor, não é lançamento como definido no art. 142 do CTN, mas confirmação da extinção do crédito tributário, já constituído e pago pelo contribuinte. A constituição do crédito tributário pela modalidade do lançamento é ato (= procedimento) privativo da autoridade tributária.

Mas há outras formas de constituição do crédito tributário. “O fato de o cidadão-contribuinte não poder efetuar o lançamento não significa que ele não possa constituir o crédito tributário”, observou, com inteira razão, Denise Lucena Cavalcante (*op. cit.*, p. 100). “Há hipóteses”, explica James Marins, citado naquela obra, “cada vez mais freqüentes na legislação tributária em que a exigibilidade do crédito tributário se dá independentemente do labor da autoridade fiscal em realizar a formalização da obrigação, pois nesses casos a própria norma tributária alberga o plexo de elementos necessários à perfeita individualização da obrigação (critérios material, espacial e temporal) e modo de adimplemento, sobretudo quantos aos prazos de declaração e vencimento da obrigação (prazo certo de vencimento), que, em verdade, conferem exigibilidade ao crédito independentemente de qualquer notificação fazendária, ou, em outras palavras, é o especial conteúdo da norma tributária disciplinadora dos tributos que sujeita o contribuinte ao lançamento por homologação ou por declaração que atribui exigibilidade ao crédito tributário” (Direito Processual Tributário Brasileiro, 1ª ed., p. 208/209).

Na mesma linha é o entendimento de Eurico Marcos Diniz de Santi, também referido: “Crédito tributário é uma estrutura relacional intranormativa cujo objeto da conduta modalizada é patrimonial, líquida e certa. Há duas espécies de crédito tributário: uma, formalizada por ato-norma administrativo, editado por agente público competente; outra, formalizada em linguagem prescritiva por ato-norma expedido pelo próprio particular e que, por isso, não é ‘ato-norma administrativo’. Aprumando a terminologia, o gênero crédito tributário equivale à relação jurídica tributária intranormativa que é o prescritor do gênero ato-norma formalizador. Ao gênero ato-norma formalizador correspondem duas espécies de normas jurídicas individuais e concretas: o ato-norma administrativo de lançamento tributário e o ato-norma formalizador instrumental” (Lançamento Tributário, 2ª ed., p. 185).

A modalidade mais comum de constituição do crédito tributário sem que o seja por lançamento é a da apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL

2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99, ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo constituição do crédito tributário. Não se confunde tal declaração com o chamado lançamento por homologação (em que o contribuinte paga antecipadamente, ou seja: constitui o crédito tributário e desde logo o extingue, sob condição resolutória – CTN art. 150, § 1º). Aqui (DCTF, GIA) há declaração (com efeito constitutivo do crédito tributário), sem haver, necessariamente, pagamento imediato.

Sobre essa modalidade de constituição do crédito tributário há reiterada jurisprudência do Tribunal, como se pode ver, exemplificativamente, dos seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. EXECUÇÃO FUNDADA EM GUIA DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO (GIA). PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO.

1. Tratando-se de crédito tributário originado de informações prestadas pelo próprio contribuinte através de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), a constituição definitiva do crédito tributário dá-se no exato momento em que há a apresentação desse documento. Outro entendimento não é passível de aceitação quando se contrapõe o fato de que a partir do momento em que há o depósito da GIA a Fazenda encontra-se apta a executar o crédito declarado.

2. *In casu*, a recorrente apresentou a GIA em 27 de fevereiro de 1992 e a Fazenda do Estado de São Paulo ajuizou a execução fiscal apenas em 20 de maio de 1997. Tendo decorrido um prazo superior ao quinquênio previsto do artigo 174 do CTN, caracterizada está a prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário.

3. Recurso especial provido.” (REsp 510.802/SP, 1ª T. Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. Nos casos em que o contribuinte declara o débito do ICMS por meio da Guia de Informação e Apuração (GIA), considera-se constituído definitivamente o crédito tributário a partir da apresentação dessa declaração perante o Fisco. A partir de então, inicia-se a contagem do prazo de cinco anos para a propositura da execução fiscal. 2. Recurso especial desprovido.” (REsp 437363/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.04.2004)

No mesmo sentido: AGA n. 87.366/SP, 2ª T., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 25.11.1996; REsp 510.802/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004; REsp 389.089/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 16.12.2002, REsp 652.952/PR, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.11.2004; REsp 600.769/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.09.2004; REsp 510.802/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004.

3. Bem se vê, portanto, que, com a constituição do crédito tributário, por qualquer das citadas modalidades (entre as quais a da apresentação de DCTF ou GIA pelo contribuinte), o tributo pode ser exigido administrativamente, gerando, por isso mesmo, conseqüências peculiares em caso de não recolhimento no prazo previsto em lei: (a) fica autorizada a sua inscrição em dívida ativa, fazendo com que o crédito tributário, que já era líquido, certo e exigível, se torne também exequível judicialmente; (b) desencadeia-se o início do prazo de prescrição para a sua cobrança pelo Fisco (CTN, art. 174); e (c) inibe-se a possibilidade de expedição de certidão negativa correspondente ao débito”.

É de se confirmar, assim, quanto a este aspecto, o acórdão recorrido.

3. No que se refere à responsabilidade dos sócios, todavia, têm razão os recorrentes. Conforme jurisprudência pacificada nesta Corte, para que se viabilize a responsabilização patrimonial do sócio na execução fiscal, é indispensável que esteja presente uma das situações caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do terceiro pela dívida do executado, nos moldes das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. A simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta essa responsabilidade subsidiária dos sócios. Nesse sentido, entre muitos outros, os seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. INADIMPLEMENTO.

1. A ausência de recolhimento do tributo não gera, necessariamente, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, sem que se tenha prova de que agiu com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

2. Embargos de divergência rejeitados.” (REsp 374.139/RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 28.02.2005)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é inviável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de simples falta de pagamento do tributo associada à inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora, porquanto tal circunstância, nem em tese, acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 938.779/SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 03.12.2008)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. (...) EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIO-GERENTE. FALTA DE PAGAMENTO DE TRIBUTO. NÃO-CONFIGURAÇÃO, POR SI SÓ, NEM EM TESE, DE SITUAÇÃO QUE ACARRETA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.” (REsp 1.030.176/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.11.2008)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA. LEI ESTADUAL. TAXA SELIC. LEI 9.250/95.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei, de modo a ensejar a redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios.

(...)

4. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 801.659/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 20.04.2007)

No caso, o Tribunal de origem entendeu que “a *simples existência de débito para-fiscal ou fiscal impago é apto a deflagrar a responsabilidade solidária de que trata o art. 135 do CTN*”, o que, conforme enfatizado, contraria a firme jurisprudência do STJ a respeito.

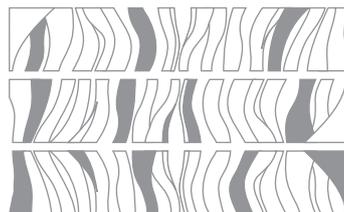
4. Pelo exposto, dou parcial provimento para extinguir a execução fiscal em relação aos sócios executados. Ficam invertidos, em 50%, os ônus da sucumbência, parcela que será suportada pela Fazenda em favor dos sócios.

Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08.

É o voto.



Súmula n. 437

SÚMULA N. 437

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário superior a quinhentos mil reais para opção pelo Refis pressupõe a homologação expressa do comitê gestor e a constituição de garantia por meio do arrolamento de bens.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

EREsp	449.292-RS	(1ª S, 12.11.2003 – DJ 19.12.2003)
EREsp	447.184-PR	(1ª S, 23.06.2004 – DJ 02.08.2004)
EDcl no AgRg nos		
EREsp	415.587-SC	(1ª S, 18.10.2004 – DJ 03.11.2004)
AgRg nos EREsp	388.570-SC	(1ª S, 12.12.2005 – DJ 06.03.2006)
EREsp	715.759-SC	(1ª S, 09.05.2007 – DJ 08.10.2007)
(*)REsp	1.133.710-GO	(1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	917.432-PR	(1ª T, 16.08.2007 – DJ 20.09.2007)
REsp	871.758-PR	(1ª T, 26.08.2008 – DJe 04.09.2008)
AgRg no REsp	956.516-RJ	(2ª T, 21.10.2008 – DJe 21.11.2008)
AgRg no REsp	1.079.942-SP	(2ª T, 25.11.2008 – DJe 18.12.2008)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 14.4.2010

DJe 13.5.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.133.710-GO (2009/0136168-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Santa Marta Distribuidora de Drogas Ltda

Advogado: Anderson Rodrigo Machado e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REFIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DA OPÇÃO, CONDICIONADA À GARANTIA DO DÉBITO. ARROLAMENTO DE BENS. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, dispõe que, *in verbis*:

"Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

(...)

§ 3º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 5º São dispensadas das exigências referidas no § 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

(...)"

2. Destarte, o referido diploma legal erige duas espécies de tratamento às empresas que optarem pelo parcelamento do débito mediante adesão ao REFIS, quais sejam:

a) às empresas optantes pelo SIMPLES ou cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a homologação tácita da opção, *de per se*, implica, automaticamente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sendo prescindível o oferecimento de garantia ou arrolamento de bens;

b) às empresas cujos débitos sejam superiores ao limite supracitado, a homologação da adesão ao REFIS deve ser realizada expressamente pelo Comitê Gestor, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, desde que tenha sido prestada garantia suficiente ou, facultativamente, a critério da pessoa jurídica, tenha havido o arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64, da Lei 9.532/97.

3. *“É pacífico o entendimento desta Primeira Seção de que, nos casos de adesão ao REFIS, suspender-se-á a execução fiscal somente após a expressa homologação da opção pelo respectivo Comitê Gestor, a qual está condicionada, no entanto, quando os débitos excederem a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), ao arrolamento de bens ou à apresentação de garantia. No caso de débitos superiores a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) não ocorre homologação tácita, que a lei permite apenas em relação às empresas optantes pelo SIMPLES e com débitos inferiores a R\$500.000,00.”* (EREsp 447.184/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 02.08.2004).

4. Nesse sentido, múltiplos precedentes da Primeira Seção: EREsp 715.759/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2007, DJ 08/10/2007; AgRg nos EREsp 388.570/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, v.u., julgado em 12.12.2005, DJ 06.03.2006; EDcl no AgRg nos EREsp 415.587/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 03/11/2004; EREsp 449.292/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, por maioria, julgado em 12.11.2003, DJ 19.12.2003.

5. *In casu*, consoante assentado na decisão de fls. 57/59, o débito consolidado da recorrente ultrapassa o limite legal, *litteris*:

“De acordo com o art. 4º acima transcrito, a suspensão da exigibilidade dos débitos ajuizados, quando não garantidos, ocorrerá na data da homologação

da opção. Em conformidade como art. 13, § único do mesmo Decreto, considerar-se-á tacitamente homologada a opção quando decorridos 75 (setenta e cinco) dias da formalização da opção sem manifestação expressa por parte do Comitê Gestor. Entretanto, o art. 10, §§ 2º e 3º estabelece que opção pelo REFIS é condicionada à prestação de garantia, ficando dispensadas as pessoas jurídicas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), **o que não ocorre no presente caso, conforme documento de fl. 25."**

6. Deveras, não restou comprovado o arrolamento de bens suficientes à garantia do débito tributário, o que restou expressamente consignado pela decisão de fls. 92: "*Não havendo a comprovação de que foi realizada a averbação do arrolamento, nos termos do art. 4º da IN 26/2001, mantenho, em todos os seus termos, a decisão de fls. 51/53.*", por isso que infirmar a referida decisão demanda o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado na estreita via do recurso especial, ante o óbice erigido pela Súmula 07 do STJ.

7. Os arts. 515 e 535 do CPC restam incólumes 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.

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

ACÓRDÃO

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 18.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por SANTA MARTA DISTRIBUIDORA DE DROGAS LTDA., com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 1ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO AO REFIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. DÉBITOS SUPERIORES A R\$ 500.000,00. TRANSFERÊNCIA DE BENS PENHORADOS EM EXECUÇÃO FISCAL PARA GARANTIA DE OUTRA EXECUÇÃO.

1. Em casos de parcelamento de débito, enquanto não ocorrer o cumprimento integral da obrigação, o processo de execução fica suspenso.

2. A primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou divergência, entendendo que, nas hipóteses em que a dívida consolidada seja superior a R\$ 500.000,00 (art. 3º, §§ 4º e 5º, da Lei 9.964/00) a homologação da opção pelo REFIS pelo Comitê Gestor e a conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito ficam condicionadas à prestação de garantia no valor do débito ou ao arrolamento de bens, não se podendo admitir que a caracterização da homologação tácita, pelo decurso do prazo estipulado para apreciação do pedido, tenha o condão de afastar essa exigência legal.

3. Agravo de instrumento não provido.

Noticiam os autos que a recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de execução fiscal, deferiu a transferência de bens penhorados na Execução Fiscal n. 99.8808-5 para garantia da Execução Fiscal n. 98.16329-2, a título de penhora complementar, em face de pedido da exequente, uma vez que o débito fiscal relativo a esse último executivo (superior a R\$ 500.000,00) não estava totalmente garantido, mesmo tendo sido objeto de parcelamento pelo REFIS, o que exigiria a sua garantia integral. Argumentou a agravante, ora recorrente, que a referida penhora não poderia subsistir ante a homologação tácita que, consoante seu entendimento, seria da competência do Comitê Gestor do REFIS, por isso que requereu o provimento do recurso e a reforma da decisão agravada, de molde a ver mantida a suspensão da ação de execução em razão da adesão e homologação tácita e expressa da agravante no REFIS, evitando a duplicidade de garantia.

O TRF da 1ª Região negou provimento ao recurso, nos termos da ementa retrotranscrita.

Foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados.

Nas razões recursais, alegou-se violação dos arts. 515 e 535, do CPC; 620, II, e 664, também do CPC; 3º, §§ 3º e 4º, 4º e 5º, da Lei 9.964/00; e 151, VI, do CTN. Sustentou, em suma que, tendo havido adesão ao REFIS na ação executiva originária, em que se discute débitos superiores a quinhentos mil reais e, ocorrendo a homologação pelo Comitê Gestor, os bens gravados pela penhora, e transferidos a título de penhora complementar para os autos da outra execução fiscal, deveriam ser liberados, máxime tendo a recorrente procedido ao arrolamento de bens. Isso porque a análise das garantias é feita pelo Comitê Gestor e não pelo órgão judicial. Aventou dissídio jurisprudencial com arestos do STJ que entenderam pela possibilidade de garantia mediante o arrolamento de bens, com o conseqüente levantamento da penhora.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo, que recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância de origem.

Submetido ao regime previsto no art. 543-C, do CPC, opinou o Ministério Público no sentido do desprovimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO. ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS. DÉBITO SUPERIOR A R\$ QUINHENTOS MIL REAIS. A OPÇÃO PELO REFIS IMPLICA NA MANUTENÇÃO AUTOMÁTICA DOS GRAVAMES DECORRENTES DE MEDIDA CAUTELAR FISCAL E DAS GARANTIAS PRESTADAS NA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL (ARTIGO 3º, § 3º, DA LEI N. 9.964/00), INCLUSIVE DA PENHORA, QUE FICA OBSTADA ATÉ A SOLVÊNCIA DA DÍVIDA FISCAL, POSTO QUE O LEGISLADOR PRETENDEU RESGUARDAR OS INTERESSES DO ERÁRIO EM TROCA DA BENESSE CONCEDIDA AO DEVEDOR. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do presente apelo, em virtude do prequestionamento da matéria federal suscitada, bem assim da demonstração do dissídio jurisprudencial.

Com efeito, não assiste razão à recorrente no que tange à violação aos artigos 515 e 535 do CPC, vez que o Tribunal, embora sucintamente, pronunciou-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.

Deveras, a Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, erige duas espécies de tratamento às empresas que optarem pelo parcelamento do débito, quais sejam:

a) às empresas optantes pelo SIMPLES ou cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a homologação tácita da opção, *de per si*, implica, automaticamente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sendo prescindível o oferecimento de garantia ou arrolamento de bens;

b) às empresas cujos débitos sejam superiores ao limite supracitado, a homologação da adesão ao REFIS deve ser realizada expressamente pelo Comitê Gestor, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, desde que tenha sido prestada garantia suficiente ou, facultativamente, a critério da pessoa jurídica, tenha havido o arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64, da Lei 9.532/97.

É o que se deduz do teor do art. 3º, da Lei referida lei, *in verbis*:

“Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

(...)

§ 3º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 5º São dispensadas das exigências referidas no § 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

(...)”

Outrossim, o Decreto 3.431/00, regulamentando a Lei 9.964/2000, estatui que:

“Art. 4º A opção pelo REFIS poderá ser formalizada até 28 de abril de 2000, mediante utilização do “Termo de Opção do REFIS”, conforme modelo aprovado

pelo Comitê Gestor a que se refere o art. 2º, que será obtido por meio da Internet, nas páginas dos órgãos referidos nos incisos I a III do parágrafo único do art. 2º.

(...)

§ 4º *A opção pelo REFIS, independentemente de sua homologação, implica:*

I - (...)

II - após a confirmação da opção, nos termos estabelecidos pelo Comitê Gestor, suspensão da exigibilidade dos débitos não ajuizados, ou, quando ajuizados, integralmente garantidos;

III - (...)

§ 5º *A suspensão da exigibilidade dos débitos ajuizados, quando não garantidos, dar-se-á quando da homologação da opção.”*

“Art. 10. *A homologação da opção pelo REFIS será efetivada pelo Comitê Gestor, produzindo efeitos a partir da data da formalização da opção.*

§ 1º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal, cabendo à PGFN e ao INSS, no âmbito de suas respectivas competências, promoverem as ações necessárias a assegurar o cumprimento dessa exigência.

§ 2º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, a homologação da opção pelo REFIS é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997. (vide Decreto 4.271, de 19.6.2002)

§ 3º Ficam dispensadas das exigências referidas no parágrafo anterior as pessoas jurídicas:

I - optantes pelo SIMPLES;

II - cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).”

Esse é o entendimento predominante na Primeira Seção deste Tribunal Superior, consoante denota-se das ementas dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REFIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DA OPÇÃO, CONDICIONADA À GARANTIA DO DÉBITO.

1. Hipótese em que, configurada, à época, a divergência entre o acórdão embargado (que entende pela suspensão da Execução Fiscal antes da homologação, pelo Comitê Gestor, da opção do contribuinte pelo REFIS) e os acórdãos confrontados (que, para a suspensão da Execução, entendem pela necessidade de homologação expressa, após a garantia do débito ou arrolamento de bens, exceto no caso de pessoas jurídicas optantes pelo Simples ou aquelas cujo débito consolidado seja

inferior a R\$ 500.000,00), aplica-se o posicionamento pacificado na Primeira Seção, no sentido dos acórdãos paradigmas.

2. “É pacífico o entendimento desta Primeira Seção de que, nos casos de adesão ao REFIS, suspender-se-á a execução fiscal somente após a expressa homologação da opção pelo respectivo Comitê Gestor, a qual está condicionada, no entanto, quando os débitos excederem a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), ao arrolamento de bens ou à apresentação de garantia. No caso de débitos superiores a R\$500.000, 00 (quinhentos mil reais) não ocorre homologação tácita, que a lei permite apenas em relação às empresas optantes pelo SIMPLES e com débitos inferiores a R\$500.000,00.” (REsp 447.184/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 02.08.2004).

3. Embargos de Divergência providos.

(REsp 715.759/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2007, DJ 08/10/2007 p. 205)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. REFIS. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. DÉBITO SUPERIOR A R\$ 500.000,00. IMPOSSIBILIDADE SEM PRESTAÇÃO DE GARANTIA OU ARROLAMENTO DE BENS.

1. Trata-se de agravo regimental interposto por Blufix Indústria e Comércio Ltda. diante da decisão que negou seguimento a embargos de divergência com aplicação da Súmula 168/STJ e por ausência de demonstração da divergência alegada. Sustenta a agravante que o dissídio restou comprovado, conforme determina o RISTJ, e que o tema em debate não enseja a aplicação do enunciado sumular nº 168/STJ. Defende, por fim, que seja suspensa a ação de execução fiscal, enquanto permanecer no Programa REFIS e continuar efetuando o pagamento dos valores objeto do parcelamento.

2. Deve ser mantida a decisão singular. Está uniforme na 1ª Seção do STJ (REsp 512.638/SC) o entendimento de que: “em se tratando de débito superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a suspensão do executivo fiscal depende da prévia homologação da opção do REFIS pela autoridade administrativa, que está condicionada à prestação de garantia ou ao arrolamento de bens”.

3. Súmula n. 168/STJ aplicável à espécie: “Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

4. Agravo regimental não-provido.”

(AgRg nos REsp 388.570/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, v.u., julgado em 12.12.2005, DJ 06.03.2006, p. 140).

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ADESÃO AO REFIS. DÉBITO QUE EXCEDE A R\$500.000,00. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA E HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO COMITÊ GESTOR.

1. É pacífico o entendimento desta Primeira Seção de que, nos casos de adesão a REFIS, suspender-se-á a execução fiscal somente após a expressa homologação da opção pelo respectivo Comitê Gestor, a qual está condicionada, no entanto, quando os débitos excederem a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), ao arrolamento de bens ou à apresentação de garantia.

2. No caso de débitos superiores a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) não ocorre homologação tácita, que a lei permite apenas em relação às empresas optantes pelo SIMPLES e com débitos inferiores a R\$500.000,00.

3. Lei 9.964/00, art. 3º, §§ 4º e 5º.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos.”

(REsp 447.184/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, v.u., julgado em 23.06.2004, DJ 02.08.2004 p. 288).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DISCREPÂNCIA ENTRE A PETIÇÃO DE FAX E O ORIGINAL DE AGRAVO REGIMENTAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A OCORRÊNCIA DE EQUÍVOCO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO NA JUNTADA DA PETIÇÃO DE FAX. NÃO-CARATERIZAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. EXCLUSÃO DA MULTA ANTERIORMENTE COMINADA. CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. REFIS. DÉBITO SUPERIOR A R\$ 500.000,00. NECESSIDADE DE GARANTIA DO DÉBITO E DE HOMOLOGAÇÃO DA OPÇÃO PELO COMITÊ GESTOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS, COM EXCEPCIONAIS EFEITOS INFRINGENTES, PARA AFASTAR A MULTA E PARA CONHECER DO AGRAVO REGIMENTAL, NEGANDO-LHE, CONTUDO, PROVIMENTO.

(EDcl no AgRg nos REsp 415.587/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 03/11/2004 p. 123)

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. REFIS. DÉBITO SUPERIOR A R\$ 500.000,00. PRESTAÇÃO DE GARANTIA OU ARROLAMENTO DE BENS. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO COMITÊ GESTOR. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos da Lei 9.964/2000, os débitos superiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), só se beneficiam com a suspensão da exigibilidade quando prestada garantia ou arrolados de bens e tiverem homologada a opção.

2. Quando os débitos são superiores a R\$ 500.000,00, inexistente homologação tácita, restrita esta às empresas optantes do SIMPLES e com débitos inferiores a R\$ 500.000,00.

3. Prosseguimento da execução fiscal. Precedentes da Corte.

4. Embargos de divergência conhecido e provido.”

(REsp 449.292/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, por maioria, julgado em 12.11.2003, DJ 19.12.2003 p. 309).

In casu, consoante assentado na decisão do juízo singular objeto do agravo de instrumento (fls. 58/59), e mantida pelo acórdão recorrido, o débito consolidado da recorrente ultrapassa o limite legal, *in verbis*:

*"De acordo com o art. 4º acima transcrito, a suspensão da exigibilidade dos débitos ajuizados, quando não garantidos, ocorrerá na data da homologação da opção. Em conformidade com o art. 13, § único do mesmo Decreto, considerar-se-á tacitamente homologada a opção quando decorridos 75 (setenta e cinco) dias da formalização da opção sem manifestação expressa por parte do Comitê Gestor. Entretanto, o art. 10, §§ 2º e 3º estabelece que opção pelo REFIS é condicionada à prestação de garantia, ficando dispensadas as pessoas jurídicas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), **o que não ocorre no presente caso, conforme documento de fl. 25."***

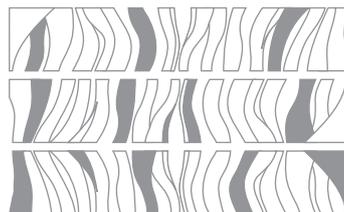
Outrossim, não restou comprovado o arrolamento de bens suficientes à garantia do débito tributário, o que restou expressamente consignado pela decisão de fls. 92: *"Não havendo a comprovação de que foi realizada a averbação do arrolamento, nos termos do art. 4º da IN 26/2001, mantenho, em todos os seus termos, a decisão de fls. 51/53."*

Nesse segmento, infirmar a referida decisão demanda o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado na estreita via do recurso especial, ante o óbice erigido pela Súmula 07 do STJ.

Ex positis, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.



Súmula n. 438

SÚMULA N. 438

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Referência:

CP, arts. 109 e 110.

Precedentes:

RHC	12.360-BA	(5ª T, 06.08.2002 – DJ 16.09.2002)
HC	53.349-BA	(5ª T, 03.08.2006 – DJ 04.09.2006)
HC	69.859-MS	(5ª T, 12.12.2006 – DJ 12.02.2007)
REsp	880.774-RS	(5ª T, 10.05.2007 – DJ 29.06.2007)
RHC	21.929-PR	(5ª T, 20.11.2007 – DJ 10.12.2007)
HC	85.137-PE	(5ª T, 11.12.2007 – DJ 07.02.2008)
REsp	991.860-RS	(5ª T, 04.09.2008 – DJe 13.10.2008) – acórdão publicado na íntegra
HC	30.368-SP	(6ª T, 10.08.2004 – DJ 13.12.2004)
REsp	634.265-RS	(6ª T, 04.04.2006 – DJ 02.05.2006)
RHC	20.554-RJ	(6ª T, 18.09.2007 – DJ 08.10.2007)
HC	102.292-SP	(6ª T, 02.09.2008 – DJe 22.09.2008)
RHC	18.569-MG	(6ª T, 25.09.2008 – DJe 13.10.2008)

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

RECURSO ESPECIAL N. 991.860-RS (2007/0229547-4)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Javier Umansky Skudicki

Advogado: Rodrigo Oliveira de Camargo e outro(s)

EMENTA

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CÁLCULO BASEADO NA PENA HIPOTETICAMENTE FIXADA. INADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 109 E 110 DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA.

1. Viola o disposto nos arts. 109 e 110 do Código Penal e dissente da orientação adotada neste Tribunal decisão que declara extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com suporte na sanção hipoteticamente calculada, pois o ordenamento jurídico pátrio não admite o reconhecimento da referida causa em perspectiva, antecipada ou virtual.

2. Recurso especial provido, para cassar a decisão que extinguiu a punibilidade do agente quanto ao delito disposto no art. 63 da Lei n. 9.605/98 e determinar o prosseguimento do feito com relação a este ilícito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 13.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso especial interposto com suporte no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito n. 2006.71.00.045633-6/RS, mantendo a sentença proferida na Ação Penal n. 2006.71.00.017968-7/RS, que tramitou perante a Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, restando assim ementado:

“DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 63 DA LEI N. 9.605/1998. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. EXCEPCIONALIDADE. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

“1. Assegura a Constituição Federal a todos os cidadãos, a razoável duração do processo, em especial aos acusados em geral. 2. A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade. 3. Na hipótese dos autos, há elementos corroborando tal inteligência eis que, considerando o período transcorrido desde o fato delituoso e o recebimento da denúncia (mais de 04 anos) a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória - que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo legal cominado ao delito por que responde o acusado (01 ano de reclusão). 4. Falece interesse processual (art. 43, inc. II, CPP) na continuidade do feito, ocasionando, assim, ausência de justa causa face à prescrição antecipada” (fls. 538).

Sustentou o *Parquet* que o recorrido foi denunciado por ofensa aos arts. 50, 60 e 63 da Lei n. 9.605/98, por ter construído, instalado e feito funcionar, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, estabelecimento comercial potencialmente poluidor, sob o nome fantasia “Tortuga’s Beach Bar”, alterando aspecto de local especialmente protegido por lei, em área de preservação permanente, assim considerada em razão de seu valor paisagístico e ecológico, bem como por ter destruído e continuado a impedir a recuperação da

vegetação natural fixadora das dunas, anteriormente existente na área atingida, objeto de especial preservação, no período de 24.2.2000 a 30.9.2001 (fls. 2 a 8).

Noticiou que a denúncia foi recebida em 1º de junho de 2006 (fls. 308), e que houve prolação de sentença na qual foi declarada a extinção da punibilidade com relação aos delitos imputados ao recorrido, com fundamento no art. 107, inciso IV, c/c art. 109, incisos V e VI, e §§ 1º e 2º do art. 110, todos do Código Penal, reconhecendo-se a ocorrência da prescrição em perspectiva no tocante ao crime previsto no art. 63 da Lei n. 9.605/98 (fls. 443 a 447), o que foi mantido pelo Tribunal *a quo* (fls. 526 a 538).

Asseverou o recorrente que o acórdão vergastado negou vigência aos arts. 109 e 110, §§ 1º e 2º, ambos do Estatuto Repressivo, ao argumento de que a denominada prescrição em perspectiva não encontra previsão no ordenamento jurídico pátrio.

Entende, ainda, que restou configurado dissídio jurisprudencial, pois este egrégio Superior Tribunal vem decidindo pela impossibilidade do reconhecimento da prescrição antecipada da pretensão punitiva, dada a total ausência de previsão legal.

Pleiteou, assim, a reforma do aresto proferido, a fim de que seja “*recebida a denúncia ofertada pelo Ministério Público*” (fls. 541 a 551).

Contra-arrazoado o inconformismo (fls. 582 a 598) e admitido, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 614 a 616).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): A prescrição da pretensão punitiva, utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e futura sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva regula-se pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

Esse é o entendimento da doutrina majoritária, veja-se:

“*A prescrição pode ocorrer ‘antes de transitar em julgado a sentença final’ (CP, art. 109), ou ‘depois de transitar em julgado a sentença final condenatória’ (CP, art.*

110). No primeiro caso, prescreve o direito de punir no que diz respeito à pretensão de aplicar o preceito sancionador ainda em abstrato; no segundo caso, prescreve o direito de aplicar a sanção constante, in concreto, do título penal executório”, conforme se apreende dos ensinamentos de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 412).

JULIO FABBRINI MIRABETE, em seu *Manual de Direito Penal*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, v. 1, deixou a seguinte lição a respeito do tema:

“[...] duas são as espécies da prescrição: 1. prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e cujo prazo tem por base de cálculo o máximo da pena cominada ao crime; 2. prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e cujo prazo tem por base de cálculo a pena aplicada. Aplicada porém a pena e não havendo recurso da acusação, a sanção privativa de liberdade não pode ser elevada, devendo por isso ser ela a base para o cálculo da prescrição ainda antes do julgado da decisão para a defesa” (p. 393).

O saudoso jurista, mais adiante, assinala que, “no Código Penal, em decorrência da reforma penal, a prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 109 e no artigo 110, pars. 1º e 2º (prescrição intercorrente e retroativa) e a prescrição da pretensão executória é objeto do artigo 110, caput” (p. 382).

Ainda, quanto ao assunto, entende, com razão, o doutrinador ANTÔNIO RODRIGUES PORTO, que “em qualquer fase do processo, quer em 1ª quer em 2ª instâncias, pode ser alegada a prescrição, pelo réu ou pelo órgão da acusação. O juiz, ainda, deverá reconhecê-la de ofício quando a encontrar provada, e independentemente da vontade do réu, pois a este não é facultado renunciar ao benefício, que é de ordem pública” (*Da Prescrição Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 64).

No entanto, consoante se infere dos autos, a sentença e o acórdão objurgados utilizaram-se de um tipo de prescrição inexistente na legislação pátria, calculando o prazo prescricional com base na pena mínima prevista para o tipo legal em questão - aquela que supostamente seria aplicada para o delito no qual está incurso o recorrido -, quando o Código Penal, em seu artigo 109, determina que a causa extintiva deve regular-se pelo máximo da sanção privativa de liberdade cominada ao delito (prescrição *in abstrato*).

Ora, segundo a doutrina, inviável o reconhecimento desse tipo de prescrição, conforme se pode extrair da seguinte ensinância:

“[...] em tese não é possível falar-se na prescrição da pretensão punitiva com base na pena em concreto sem que haja a sentença condenatória, ou seja, não é admissível o seu reconhecimento tendo como fundamento um previsível ou provável apenamento. Na verdade, somente com a instrução criminal completada, é que o juiz, na sentença, pode aferir todos os elementos probatórios referentes às circunstâncias que influem na fixação da pena, que, em tese, pode sempre atingir o máximo cominado abstratamente” (MIRABETE, J. F. obra já citada, p. 394).

A mesma opinião é emitida pelo mestre DAMÁSIO E. DE JESUS, leia-se:

“[...] a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação” (Prescrição Penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 145).

Nesse vértice do Supremo Tribunal Federal colhe-se o seguinte precedente:

“Habeas corpus: prescrição inócurren, no caso, repelida, ademais, pela jurisprudência do Tribunal, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva. Precedentes.

“[...]” (HC n. 88.087/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, p. no DJU de 15.12.2006, p. 95).

Consoante se transcreve, nesta Corte de Justiça de igual forma é pacífico aludido entendimento:

“HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA AINDA QUE CONTADA NOS TERMOS EM QUE PEDE O IMPETRANTE. ORDEM DENEGADA.

“1. Ante a ausência de previsão legal, não é possível o reconhecimento de prescrição com base na pena que possivelmente virá a ser aplicada em eventual condenação.

“[...]”

“3. Na hipótese, ainda que contada em perspectiva, a prescrição não estaria configurada, pois não decorrido o lapso temporal necessário entre os marcos interruptivos já ultrapassados.

“4. Ordem denegada, em conformidade com parecer ministerial” (HC n. 86.577/SP, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, p. no DJU de 3.12.2007, p. 347).

No mesmo sentido colaciona-se:

“CRIMINAL. RESP. TENTATIVA DE FURTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA, PELO JUÍZO MONOCRÁTICO, COM BASE EM PENA ANTECIPADA. DECISÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPROPRIEDADE [...].

“I. De acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto.

“II. É imprópria a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base em pena em perspectiva. Precedentes.

“III. Deve ser cassado o acórdão recorrido para afastar a denominada prescrição em perspectiva, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para o julgamento do recurso de apelação interposto.

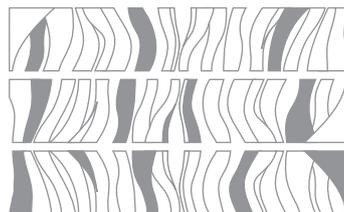
“[...]” (REsp n. 880.774/RS, rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, p. no DJU de 29.6.2007, p. 707).

Assim, considerando-se que os fatos narrados na denúncia ocorreram entre 24.2.2000 e 30.9.2001; a exordial acusatória foi recebida em 1º.6.2006 (fls. 308); o recorrido foi denunciado nos tipos dos arts. 50, 60 e 63 da Lei n. 9.605/98, sendo que para este último delito a pena máxima *in abstracto* é de 3 (três) anos; a prescrição somente ocorreria após decorridos 8 (oito) anos, observado o disposto no art. 109, inciso IV, do Código Penal, prazo que ainda não transcorreu até o presente momento, tendo em vista a interrupção do lapso prescricional com o recebimento da denúncia.

Assim, constatada a negativa de vigência aos dispositivos indicados pelo recorrente (arts. 109 e 110 do CP), bem como a divergência jurisprudencial cotejada, com supedâneo na orientação consagrada nesta Corte de Justiça, merece acolhida a pretensão recursal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial para reformar a sentença e o acórdão proferidos, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de Primeiro Grau para prosseguimento do feito com relação tão-somente ao crime previsto no art. 63 da Lei n. 9.605/98.

É o voto.



Súmula n. 439

SÚMULA N. 439

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Referência:

Lei n. 10.792/2003.

Precedentes:

HC	103.352-RS	(5ª T, 11.11.2008 – DJe 15.12.2008) – acórdão publicado na íntegra
HC	122.850-RS	(5ª T, 14.04.2009 – DJe 1º.06.2009)
HC	114.882-SP	(5ª T, 27.04.2009 – DJe 25.05.2009)
HC	94.577-SP	(6ª T, 15.05.2008 – DJe 02.06.2008)
AgRg no Ag	691.619-RS	(6ª T, 12.06.2008 – DJe 30.06.2008)
HC	105.337-RS	(6ª T, 26.08.2008 – DJe 08.09.2008)

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

HABEAS CORPUS N. 103.352-RS (2008/0068989-5)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Paulo Rogério Machado

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E BANDO ARMADO (ARTS. 157, § 2º, I, II E IV, E 288, PAR. ÚNICO, NA FORMA DO ART. 69, *CAPUT*, TODOS DO CPB). PENA TOTAL DE 39 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO DEFERIDA PELO JUIZ DAS EXECUÇÕES PENAS, MAS CASSADA PELO TRIBUNAL A QUO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE QUE OSTENTA REINCIDÊNCIA EM CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA, ALÉM DE FUGAS E COMETIMENTOS DE NOVOS ILÍCITOS, TUDO SOMADO À AVALIAÇÃO PSICO-SOCIAL DESFAVORÁVEL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme entendimento cristalizado nesta Corte Superior, a realização do exame criminológico pode ser solicitado, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem.

2. No caso em exame, revogou o Tribunal *a quo* o benefício da progressão de regime, pois, além do paciente ostentar reincidência em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, registra fugas e novos ilícitos, somado à avaliação psico-social desfavorável.

3. O exame criminológico constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do Magistrado, de maneira que deve sempre ser realizada como forma de se obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos de se transferir um condenado à pena a ser cumprida em regime fechado, para um regime menos

gravoso, no qual terá maior contato com a sociedade. De outra parte, é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação não-invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral.

4. Opina o MPF pela denegação da ordem.
5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 15.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com medida liminar, impetrado por PAULO ROGÉRIO MACHADO, como decorrência de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, dando provimento a agravo em execução manejado pelo *Parquet* Estadual, determinou o retorno do paciente ao regime mais gravoso.

2. Sustenta a impetração, em síntese, que a revogação do benefício da progressão de regime viola a Lei de Execução Penal e constitui ato ilegal.

3. Liminar indeferida (fls. 131); informações prestadas (fls. 145/198).

4. Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República MAURÍCIO VIEIRA BRACKS pela denegação da ordem (fls. 200/202).

5. Era o que havia para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Conforme entendimento há muito fixado nesta Corte Superior, a realização do exame criminológico pode ser solicitado, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem.

2. Confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, INCISOS I E III, AMBOS DA LEI 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE CÓPIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE LEI PENAL MAIS BENIGNA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 DECLARADA PELO STF. APLICAÇÃO DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 112 DA LEP. LEI 11.464/07. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. APLICAÇÃO RESTRITA AOS CASOS OCORRIDOS APÓS SUA VIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DA OBRIGATORIEDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO. ART. 112 DA LEP. NOVA REDAÇÃO. LEI 10.792/2003.

(...)

VII - Impende ressaltar que, nesses casos, uma vez afastada a aplicação desta norma, voltou a regular a hipótese, mesmo em se tratando de crime hediondo, o art. 112 da LEP, que prevê, como requisito objetivo para a progressão de regime, o cumprimento de um sexto (1/6) da pena.

VIII - Destarte, estabelecido o confronto entre a Lei n. 11.464/07 e a regra prevista na LEP, verifica-se que a novel legislação estabeleceu prazos mais rigorosos para a progressão prisional, não podendo, dessa forma, ser aplicada aos casos ocorridos anteriormente à sua vigência.

IX - Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112, da LEP, com redação dada pela Lei n. 10.792/2003, podendo o Magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. HC 88.052/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 28/04/2006). (Precedentes).

X - Dessa forma, muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal não mais exija o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o Juízo da Execução, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso/ Informativo-STF n. 439).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida. (HC 103.916/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 29.09.08).

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXECUÇÃO PENAL. ART. 112 DA LEI N. 7.210/84, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.792/2003. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO QUANDO AS PECULIARIDADES DA CAUSA ASSIM O RECOMENDAREM.

1. O art. 112 da Lei de Execução Penal, com sua nova redação, dada pela Lei n. 10.792/93, dispõe ser necessário, para a concessão da progressão de regime, apenas o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo - tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior - e subjetivo - ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento -, sem tratar sobre a necessidade do exame criminológico.

2. Contudo, a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitado, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se ao princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, como aconteceu na hipótese em apreço, em que se exigiu a realização da perícia com fundamento na periculosidade do ora Paciente, evidenciada pela reiteração em delitos contra a liberdade sexual.

3. Por outro lado, o exame do mérito da progressão de regime prisional demandaria, necessariamente, incursão na seara fático-probatória para se aferir o necessário preenchimento dos requisitos subjetivos pelo Paciente, o que, como é sabido, não se admite em sede de habeas corpus. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada. (HC 104.836/SP, Rel(a). Min(a). LAURITA VAZ, DJU 08.09.08).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LATROCÍNIO, FURTOS E DANO. PENA DE 23 ANOS, 1 MÊS E 20 DIAS DE RECLUSÃO. PACIENTE CUMPRINDO PENA NO REGIME SEMI-ABERTO. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO DEFERIDA PELO JUIZ DA VEC E CASSADA PELO TRIBUNAL A QUO. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Em que pese a nova redação dada pela Lei 10.792/03 ao art. 112 da LEP ter eliminado a obrigatoriedade do exame criminológico para verificação do mérito do apenado no procedimento de progressão do regime carcerário, seu verdadeiro intuito não foi o de abolir referida perícia, que continua sendo necessária para aferição do requisito subjetivo do apenado.

2. O bom comportamento a que alude a novel legislação, pressupõe avaliação individualizada das condições pessoais do condenado, abrangendo, além da constatação de sua adaptação às regras do regime carcerário, atestada pelo Diretor do presídio, o juízo acerca da conveniência de transferi-lo para regime menos

gravoso, o que somente poderá ser efetivamente obtido através dos elementos fornecidos pelo exame criminológico.

3. O denominado exame criminológico é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação não-invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral.

4. A perícia em questão constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do Magistrado, de maneira que deve sempre ser realizada como forma de se obter avaliação mais aprofundada acerca da provável capacidade do sentenciado de adaptação ao regime menos severo.

5. Se assim não fosse, a competência para conceder o benefício ao encarcerado passaria a ser do Diretor do estabelecimento prisional em que se encontrasse, e não mais do Juiz da execução, uma vez que, diante de um atestado favorável, somente restaria ao Julgador homologá-lo, sem proceder a uma análise mais criteriosa a respeito da capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo.

6. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 100.583/SP, de minha relatoria, DJU 04.08.08).

3. No caso em exame, revogou o Tribunal *a quo* o benefício da progressão de regime, pois, além do paciente ostentar reincidência em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, registra fugas e novos ilícitos, somado à avaliação psico-social desfavorável; *in ipsius verbis*:

(...).

O agravado, reincidente, foi condenado à pena de 39 anos e 10 meses de reclusão, pela prática de delitos de roubos majorados, homicídio, estupro e atentado violento ao pudor, todos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, portanto, além do requisito subjetivo, imprescindível a avaliação do mérito.

Durante a execução da pena praticou fuga, é reincidente, tem longo tempo de pena a cumprir e o cárcere não freia o seu ímpeto, conforme se verifica do Expediente (folhas 53/77), o que requer uma maior cautela na concessão de nova semi-liberdade.

O artigo 1º da Lei de Execuções Penais determina que A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. E o artigo 33, § 2º do Código Penal preconiza que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

Como não poderia deixar de ser, quando se está diante da concessão de benefícios, devem ser analisados os elementos necessários para que se afira se o condenado ostenta mérito para obtê-los, como preceituado no artigo 33, § 2º do Código Penal, referido anteriormente.

Paulo Rogério, conforme atestado da disciplina tem boa contuda carcerária, contudo o comportamento, mais amplo do que o simples atestado não é satisfatório. Os profissionais que realizaram a avaliação psico-social dão conta de que não tem condições de ser agraciado com a progressão (folha 32/35).

Observe-se que a disposição do artigo 112 da Lei 7.210/84 exige bom comportamento que não é idêntico a boa conduta exclusivamente disciplinar (fls. 176/177).

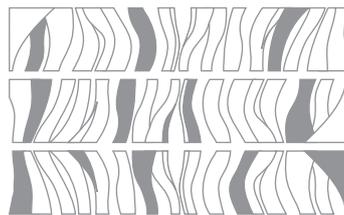
4. O bom comportamento a que alude a nova redação do art. 112 da LEP pressupõe avaliação mais individualizada das condições pessoais do condenado, abrangendo, além da constatação de sua adaptação às regras do regime carcerário, atestada pelo Diretor do presídio, um juízo acerca da conveniência de se transferir o apenado a um regime menos gravoso, que será aferida através dos elementos fornecidos pelo exame criminológico.

5. Assim, a mencionada perícia constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do Magistrado, de maneira que deve sempre ser realizada como forma de se obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos de se transferir um condenado à pena a ser cumprida em regime fechado, para um regime menos gravoso, no qual terá maior contato com a sociedade.

6. De outra parte, o exame criminológico é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação não-invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral.

7. Isso posto, em consonância com o parecer ministerial, denega-se a ordem.

8. É como voto.



Súmula n. 440

SÚMULA N. 440

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Referência:

CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59.

Precedentes:

HC	45.875-SP	(5ª T, 07.03.2006 – DJ 27.03.2006)
HC	76.919-RJ	(5ª T, 20.11.2007 – DJ 17.12.2007) – acórdão publicado na íntegra
HC	123.216-SP	(5ª T, 16.04.2009 – DJe 18.05.2009)
HC	134.665-MS	(5ª T, 06.08.2009 – DJe 08.09.2009)
HC	99.366-SP	(5ª T, 29.10.2009 – DJe 14.12.2009)
HC	36.112-RJ	(6ª T, 25.06.2004 – DJ 16.08.2004)
HC	34.573-SP	(6ª T, 22.03.2005 – DJ 05.12.2005)
HC	79.684-SP	(6ª T, 06.12.2007 – DJ 19.12.2007)
HC	90.503-SP	(6ª T, 13.12.2007 – DJ 18.02.2008)
AgRg no HC	96.322-SP	(6ª T, 18.03.2008 – DJ 14.03.2008)

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

HABEAS CORPUS N. 76.919-RJ (2007/0030215-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Celso Tavares Pauferro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Celso Tavares Pauferro (Preso)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, DO CP. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. SEMI-ABERTO.

I - O deferimento de diligências requeridas pela defesa é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Tal ocorreu no caso *sub examine*, não havendo que se falar em cerceamento de defesa (*Precedentes*).

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

III - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do CP. (*Precedentes*).

IV - “*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*” (Enunciado n. 718 da Súmula do Pretório Excelso).

Writ parcialmente concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 17.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CELSO TAVARES PAUFERRO, condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, do CP, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao apelo defensivo, mantida a sentença condenatória.

Eis o teor do v. julgado:

“APELAÇÃO. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Preliminar de cerceamento de defesa. Rejeição. Prova segura. Palavra da vítima. Pena bem dosada e regime adequado. Desprovimento do recurso” (fl. 10).

Nas razões do presente *writ*, sustenta o impetrante a nulidade do processo por cerceamento de defesa uma vez que indeferido pelo juízo processante a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa e as diligências requeridas, na fase do art. 499 do CPP. Alega-se, ainda, que foi imposto regime mais rigoroso ao paciente haja vista a quantidade da pena fixada e a inexistência de circunstâncias judiciais que lhe sejam desfavoráveis. Requer, assim, a concessão da ordem para que seja declarada nula a ação penal, determinando-se a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa e de igual modo a realização das diligências requeridas, bem como a modificação do regime de cumprimento da pena para o semi-aberto.

Liminar indeferida à fl. 88.

Informações prestadas às fls. 93/94.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 118/120).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca o impetrante, em suma, a concessão da ordem para que seja declarada nula ação penal por cerceamento de defesa em razão do indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa e as diligências requeridas na fase do art. 499, bem como a modificação do regime de cumprimento da pena para o semi-aberto.

Quanto à alegada nulidade da ação penal, a súplica não merece acolhida.

Infere-se dos autos que, oferecida a defesa prévia, o paciente deixou de arrolar prova oral. Posteriormente, reconsiderando a decisão, a defesa requereu a oitiva dos policiais civis da 23ª Delegacia de Polícia, onde a vítima supostamente teria tentado lavar o boletim de ocorrência do roubo, com o objetivo de comprovar pequenas divergências no seu depoimento judicial.

O magistrado indeferiu o requerimento defensivo, nos seguintes termos:

“Requeru novamente a Defesa a oitiva dos policiais, alegando que “a vítima quando de sua oitiva (...) disse que compareceu à 234 Delegacia Policial por volta de meia noite para registrar a ocorrência; que naquela oportunidade o registro não foi lavrado pelo policial civil que se encontrava na Delegacia...”(fls. 188).

Embora já tenha sido examinado o pleito defensivo, reitera-se que a vítima em juízo afirmou “que o informante compareceu à 234 Delegacia policial por volta de meia-noite para registrar a Ocorrência; que naquela oportunidade o registro não foi lavrado pelo policial que se encontrava na delegacia”. (fls.79).

Mais adiante, esclareceu melhor “que na 23ª Delegacia Policial não tentou obter o nome de nenhum policial quando não conseguiu registrar a ocorrência; que na 23ª Delegacia Policial foi atendido por uma mulher na faixa de quarenta ,anos de idade, de cor branca”. (fls. 82).

Além disso, informou o Dr. Delegado que a assistente social Dayse Araújo Santos Prates poderia prestar novas informações e “quanto aos demais

relacionados com exceção do Inspetor João Alberto Ataulpa dos Santos que já depôs nada poderão acrescentar”. (fls. 166).

Mister ressaltar que incumbe ao Magistrado indeferir a produção de provas inúteis à solução da causa para evitar dilação probatória indevida.

No caso dos autos, note-se que os policiais civis não foram arrolados pela Defesa e seriam ouvidas como testemunhas do juízo.

Nessa linha, “a oitiva de pessoas como testemunhas do juízo cabe à apreciação do Magistrado, que com critério pode achá-la conveniente ou não, sem que o indeferimento importe cerceamento às partes”. (RT 593/315).

Ainda que fosse ouvida como testemunha requerida, “em face do disposto no § 1º do art. 209 do CPP, cabe exclusivamente ao juiz apreciar a conveniência ou não de se ouvirem as pessoas referidas por testemunhas”. (RT 576/549).

In casu, não se afigura necessária a oitiva dos policiais para justa apreciação da lide, tendo em vista o que consta nas mencionadas peças” (fls. 18/19).

Sobrevindo a fase do art. 499, a defesa requereu diversas diligências, dentre as quais, que fosse oficiado à Empresa de Telefonia Celular Claro, para que a mesma informasse a localização geográfica da antena relativa a linha (21) 9145.3044, pertencente ao paciente, com o intuito de demonstrar que ele estava em local totalmente oposto ao descrito pela vítima.

Acolhida as demais diligências, o magistrado indeferiu o referido pleito, sob a seguinte argumentação:

“Quanto ao pedido formulado no item 05 (de fls. 206) no que diz respeito a localização geográfica de cada antena relativa à linha 91453044 especificamente no dia do fato criminoso, indefiro a diligência, tendo em vista que as informações a serem prestadas não se afiguram úteis à solução da lide, ainda que para comprovação de alibi a ser sustentada pela defesa.

Nessa linha, as informações indicativas da localização geográfica da antena do aparelho não poderão atestar o local onde efetivamente estaria o acusado em virtude de probabilidade do aparelho celular se encontrava na mão de terceiros” (fls. 76/77).

De início, cumpre ressaltar que, o magistrado está vinculado, apenas, a oitiva das testemunhas da defesa quando arroladas na defesa prévia. Passado este momento processual, a produção de prova oral inclui-se na esfera de discricionariedade do juízo. Nesse sentido, o seguinte precedente:

“CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE. FASE DO ART. 499 DO CPP. INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO

EVIDENCIADO. APRESENTAÇÃO DE TESTEMUNHO EXTEMPORÂNEO. NULIDADE CAUSADA PELA DEFESA. ART. 565 CPP. AFRONTA AO ART. 231 E ART. 400 DO CPP. NÃO APLICAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL SOB A FORMA DE DOCUMENTO. DESÍDIA DA DEFESA. PRECLUSÃO CONSUMADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À BUSCA DA VERDADE REAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS FRÁGEIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. FALTA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROPRIEDADE. ANÁLISE INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

Hipótese na qual durante a instrução processual somente foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação, tendo em vista o defensor do réu não ter apresentado defesa prévia, tampouco rol de testemunhas.

O momento oportuno para a apresentação de rol de testemunhas é, para a acusação, na inicial acusatória e, para a defesa, no oferecimento da defesa preliminar.

Se somente na fase do art. 499 do CPP o advogado de defesa resolveu apresentar declarações por escrito da faxineira, a qual supostamente se encontrava trabalhando na casa do paciente, afirmando estar ele realizando trabalhos artesanais neste mesmo local, no dia e horário dos fatos investigados, incide à espécie o art. 565 da Lei Processual Objetiva, pois não se pode argüir nulidade a que se deu causa.

Apesar de a declaração da faxineira ter sido apresentada sob a forma documental, trata-se, na verdade, de prova testemunhal reduzida a termo, a qual deveria ter sido oportunamente arrolada na defesa preliminar e ouvida durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório.

O patrono do acusado não pode, tentando burlar o devido processo legal, juntar aos autos tal declaração, sob forma de prova documental, pois estando o feito na fase do art. 499 do CPP, encontrava-se configurada a preclusão da pretensão de oitiva de testemunha, pela desídia da defesa.

Além de o Magistrado singular ter indeferido fundamentadamente o pedido da defesa, ressalta-se o fato de a decisão pela oitiva de qualquer testemunha como do Juízo ser discricionária do julgador, devendo ser considerada a necessidade da prova para a busca da verdade real.

Se o Juiz monocrático não constatou a necessidade de oitiva da extemporânea testemunha, para a formação de seu convencimento, não há que se falar em cerceamento de defesa.

(...)

Ordem denegada".

(HC 61.001/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 18.06.2007).

Com efeito, como se vê, o indeferimento das diligências encontra-se devidamente fundamentado, tendo concluído o MM. juiz pela absoluta desnecessidade e manifesto propósito protelatório das medidas.

Ademais, é cediço que o deferimento de tais diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Neste sentido os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PEDIDA NO DECORRER DO PROCESSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO MAGISTRADO NO DEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS A DESTEMPO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1- Pode o Juiz atender o pedido de diligências da defesa em qualquer fase do processo, desde que as entenda imprescindíveis para a apuração da verdade dos fatos.

2- A ausência de identificação e inquirição de um provável terceiro envolvido na prática criminosa não prejudica a defesa do co-réu que já confessou o crime e foi reconhecido pelas vítimas.

3- As diligências devem ser prioritariamente requeridas na fase do artigo 499, do Código de Processo Penal, depois da inquirição das testemunhas de defesa, oportunidade em que o Juiz poderá aferir, com mais clareza, a sua necessidade.

Negado provimento ao recurso.”

(RHC 15.437/PE, 5ª Turma, Rel. Ministra Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ/MG - DJ de 08.10.2007).

“CRIMINAL. LATROCÍNIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PENITENCIÁRIA. TRANSFERÊNCIA PARA TRATAMENTO FISIOTERÁPICO. NECESSIDADE DEMONSTRADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Não se reconhece o apontado constrangimento ilegal por cerceamento de defesa, devido ao deferimento de diligências requeridas, se o Julgador fundamenta suficientemente a sua desnecessidade para a elucidação dos fatos, com base nos elementos dos autos.

II. O Julgador pode indeferir, motivadamente, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias. Precedentes.

III. Não se reconhece constrangimento ilegal por excesso de prazo, se a impetração não logrou demonstrar qualquer tipo de demora no julgamento do recurso de apelação, restringindo-se a apontar constrangimento ilegal pelo excesso de prazo, ainda mais se os autos foram remetidos ao TJMG em 27/07/2005.

IV. Demonstrada a necessidade de cuidado fisioterápico e a impossibilidade de sua realização na Penitenciária em que o paciente se encontra custodiado, deve ser

determinada a sua transferência à Casa de Detenção de Dutra Ladeira até que se complete o tratamento médico necessário.

V. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.”

(HC 47.239/MG, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 01.02.2006).

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CP. PEDIDO DE DILIGÊNCIA. EXUMAÇÃO DO CADÁVER. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO.

O deferimento de diligências requeridas pela defesa é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo (Precedentes).

Writ denegado.”

(HC 59.739/PE, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.04.2007).

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL. DOCUMENTOS JUNTADOS NA FASE DO ART. 499 DO CPP. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. O Juiz, destinatário da prova, pode, fundamentadamente, indeferir diligências solicitadas na fase do art. 499 do CPP que considere desnecessárias.

2. In casu, estando motivada a decisão que indeferiu o pedido de nova perícia, não há que se falar em constrangimento ilegal.

3. Ordem denegada”.

(HC 37.207/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 1º.07.2005).

Ademais, em caso de nulidade relativa, para que seja reconhecida, faz-se necessário a arguição em momento oportuno (art. 571 do CPP), bem como demonstração de prejuízo (art. 563 do CPP).

In casu, o prejuízo não restou concretamente demonstrado, pois como visto, o magistrado deferiu as outras diligências, na qual se buscava comprovar que o paciente, no momento do fato delituoso, estava no Comando Militar do Leste (fls. 74/75). Dessa forma, a localização geográfica da antena do aparelho celular do paciente, com o objetivo de demonstrar o lugar em que estava, constitui medida desnecessária, não evidenciado qualquer cerceamento à produção da prova defensiva.

Em relação ao indeferimento da oitiva dos policiais, não há qualquer relevância para causa, a eventual constatação de que a vítima teria mentido no sentido de que tentou fazer um boletim de ocorrência na 23ª Delegacia

de Polícia do Estado do Rio de Janeiro, haja vista que há nos autos elementos suficientes para um édito condenatório.

Concernente ao pedido de modificação do regime prisional, assiste razão ao impetrante.

Pacífico o entendimento no sentido de que o deferimento do regime semi-aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. A pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente (fl. 26). A quantidade da pena aplicada é inferior a 8 (oito) anos e superior a 4 (quatro). Por fim, trata-se de paciente primário.

Diante desse contexto, não há razão para não conceder o regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda. A gravidade genérica do delito não constitui motivo suficiente a se justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, “b”, e § 3º, e 59 do CP.

Vejam-se, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo c. *Supremo Tribunal Federal* que ratificam esse entendimento:

“HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. INCONGRUÊNCIA. A gravidade em abstrato é insita ao crime de roubo qualificado, não podendo ser invocada para a imposição de regime de cumprimento mais grave que o permitido segundo a pena aplicada. Revela-se incongruente a decisão que fixa a pena-base no mínimo legal, por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, ao mesmo tempo, impõe regime inicial de cumprimento mais gravoso tendo em conta a periculosidade dos pacientes e a gravidade do crime. Ordem concedida”.

(HC 85.108/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 08/04/2005).

“HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS POR TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIRIA, AO ARGUMENTO EXCLUSIVO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. Nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada nas Súmulas 718 e 719, a gravidade em abstrato do delito de roubo qualificado

considerada pelas instâncias ordinárias não pode ser considerada para fins de fixação do regime de cumprimento da pena. Habeas corpus deferido”.

(HC 83.927/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 04/06/2004).

“Execução penal: regime inicial de cumprimento. 1. A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos jurídicos, traduz-se na escala penal a ele cominado e, em concreto, na pena aplicada: por isso, é inadmissível a imposição de regime mais severo que o correspondente, em princípio, à pena aplicada, quando baseada apenas na valoração judicial subjetiva da gravidade em abstrato do crime praticado: Súmula 718. 2. Quando fundada não apenas na gravidade abstrata do crime, mas também em circunstâncias específicas do fato, pode a sentença impor ao condenado regime mais severo que o autorizado pela quantidade de pena aplicada. 3. Verificar, no contexto do fato concreto, se as circunstâncias, às quais apelou no tópico o julgado, justificam ou não o regime mais severo ultrapassa os lindes do habeas corpus”.

(HC 83.930/SP, 1ª Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJU de 06/08/2004).

“HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N. 718 DO STF (“A OPINIÃO DO JULGADOR SOBRE A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE O PERMITIDO SEGUNDO A PENA APLICADA.”). SÚMULA N. 719 DO STF (“A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIR EXIGE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.”). Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 8 (oito) anos, não sendo caso de reincidência, e reconhecidos, tanto pela sentença como pelo acórdão do Tribunal estadual, os bons antecedentes e a primariedade do réu, não há falar em adoção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena sob o argumento de que a referida modalidade de crime vem causando grande comoção social, restando, assim, evidente a ofensa ao art. 33, § 2º, “b” e § 3º c/c art. 59 do Código Penal. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF. Ordem concedida”.

(HC 83.605/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 02/03/2004).

Tal entendimento, aliás, configura o teor do Enunciado n. 718 do *Preatório Excelso*, *verbis*:

“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” (DJU de 09/10/2003).

Nesse mesmo sentido, confira-se os seguintes precedentes prolatados no âmbito do *Superior Tribunal de Justiça*:

“CRIMINAL. HC. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SAIA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA.

REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME. PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída clandestinamente, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes.

II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou violência, mesmo que a vítima venha a retornar o bem, via perseguição própria ou de terceiro.

III. Se o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes, não cabe a imposição de regime fechado com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado e na suposta periculosidade do agente. Precedentes desta Corte.

IV. Entendimento consolidado nas Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

V. Deve ser determinado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator”.

(HC 68.654/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 12.03.2007).

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMI-ABERTO. DOSIMETRIA DA PENA.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semi-aberto. (Precedentes).

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do CP. (Precedentes).

III - “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (Enunciado n. 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

Writ concedido.”

(HC 59.370/SP, 5ª Turma, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, DJ de 13.08.2007).

“PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO COM CONCURSO DE DUAS MAJORANTES, EXTORSÃO E RESISTÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA 716 DO STF. POSSIBILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. *É pacífico o entendimento sobre a possibilidade de se deferir a progressão de regime antes do trânsito em julgado àqueles que cumprirem os requisitos exigidos em lei. Esse é o enunciado n. 716 da Súmula do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.*

2. *Quanto ao regime de cumprimento da pena aplicada, a Súmula 718/STF traça a seguinte diretriz: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.*

3. *E, ainda, segundo Súmula 719/STF, “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.*

4. *Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra b, do referido diploma legal.*

5. *Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o início de cumprimento da condenação imposta ao paciente e permitir a progressão de regime, a depender da análise dos requisitos objetivos e subjetivos pelo Juízo das Execuções Criminais”.*

(HC 64.817/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 06.08.2007).

“HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO POR ROUBO QUALIFICADO. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. JUSTIFICATIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 718/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Nos termos da orientação pacífica deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de réu primário, que apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal para o tipo, a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção aplicada constitui constrangimento ilegal. Precedentes: HC 63.998/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5T, DJU 30/10/2006 e HC 56.081/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6T, DJU 4/6/2007 e HC 58.602/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5T, DJU 4/9/2006.*

2. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

3. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.”

(HC 57.307/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 06.08.2007).

Diante dessas considerações, concedo parcialmente a ordem para que o paciente inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

É como voto.