



emagis
cursos jurídicos

INFOEMAGIS EM PAUTA

39

Coordenadores

Felipe Cadete, juiz federal

Gabriel Brum, juiz federal

Sumário

DIREITO PENAL	3
STF, RHC 178512. Porte de drogas para consumo próprio e reincidência.....	3
DIREITO TRIBUTÁRIO.....	4
STF, RE 1049811. Contribuições sociais. PIS e COFINS: parcela não dedutível da base de cálculo (Tema 1024 RG).....	4
DIREITO CONSTITUCIONAL.....	6
STF, ADI 5292. Pessoas desaparecidas e divulgação de fotos em noticiários de TV e em jornais.....	6
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	7
STJ, RMS 66.905. Recurso ordinário. Apelação em mandado de segurança. Fungibilidade. Recebimento como recurso especial. Descabimento.....	7

DIREITO PENAL

STF, RHC 178512. Porte de drogas para consumo próprio e reincidência.



Situação Fática

Mari Juana foi condenada pela prática do **crime de porte de droga para consumo pessoal** (art. 28 da Lei 11.343/06). Após o trânsito em julgado dessa condenação, e dentro do prazo previsto no art. 64, I, do CP, cometeu o **crime de tráfico de drogas** (art. 33 da Lei 11.343/06).



Controvérsia

A condenação pela prática do **crime de porte de droga para consumo pessoal** (art. 28 da Lei 11.343/06) **forja reincidência**? Ou seja, pode ser considerada para reconhecer alguém como reincidente, por ter cometido novo crime?



Decisão

Para o STF, **viola o princípio da proporcionalidade a consideração de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/06 ("porte de droga para consumo pessoal") para fins de reincidência.**



Fundamentos

O delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 **não comina pena privativa de liberdade**, limitando-se a prever as sanções de "advertência sobre os efeitos das drogas" (inc. I), "prestação de serviços à comunidade" (inc. II) e "medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo" (inc. III). Nada obstante, é firme o entendimento do STJ e do STF no sentido de que se trata de **autêntico crime**, não tendo havido descriminalização da conduta, mas, sim, mera **despenalização**, ou seja, **retirada da possibilidade de prisão do condenado**, com o objetivo de evitar a estigmatização do usuário de drogas.



Fundamentos

Em que pese se trate de crime, o Supremo entendeu que **não se afigura razoável** permitir que uma conduta que não pode, em hipótese alguma, ensejar a imposição de prisão possa dar azo à posterior configuração de reincidência. Nisso se alinha ao **posicionamento pacífico do STJ**, para quem, se nem mesma uma condenação por prática de contravenção penal à qual cominada a pena de prisão simples (lembre-se que a Lei de Contravenções Penais – Decreto-Lei 3.688/41 contempla a pena de prisão simples) pode forjar reincidência para quem venha a cometer ulterior crime (isso porque o art. 63 do CP fala em “crime anterior”, não se podendo realizar analogia *in malam partem*), *a fortiori* (com mais razão) não se pode cogitar que uma conduta à qual não se comina sequer prisão simples (art. 28 da Lei 11.343/06) possa ser considerada para fins de reconhecimento da reincidência.

DIREITO TRIBUTÁRIO

STF, RE 1049811. Contribuições sociais. PIS e COFINS: parcela não dedutível da base de cálculo (Tema 1024 RG).



Situação Fática

Determinado **comerciante** realiza parte de suas vendas **à vista**, recebendo o pagamento em dinheiro em espécie ou cheque, e parte de suas vendas através de transações mediante **cartão de débito e crédito**, hipótese em que tem o **recebimento postergado** e **descontado um percentual** que normalmente varia entre 1% e 3% pela administradora do cartão a título de taxa de intercâmbio (*interchange fee*).



Controvérsia

Teria o comerciante enquanto **contribuinte de PIS e COFINS** direito a **abater essa taxa cobrada pela administradora do cartão da base de cálculo dessas contribuições sociais?**



Decisão

Para o STF, não. O valor total da venda, ainda que o pagamento seja mediante cartão de crédito ou débito, é o que se entende por faturamento e receita, de maneira que o valor da taxa de intercâmbio, ainda que retido pela administradora do cartão, integra a base de cálculo das respectivas exações devidas pelo comerciante.

O STF em regime de **repercussão geral** fixou a seguinte tese para o Tema 1.024: “**É constitucional a inclusão dos valores retidos pelas administradoras de cartões na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS devidas por empresa que recebe pagamentos por meio de cartões de crédito e débito.**”.

A base econômica constante das normas de competência tributária para o **PIS** e a **COFINS** pode ser o **faturamento** ou a **receita**, nos termos dos arts. 195, I, 'b', e 239 da CF.

A **base de cálculo do PIS e da COFINS** para o **regime cumulativo** está nos arts. 2º e 3º da Lei 9.718/98 e para o **regime não-cumulativo** está nos arts. 1º, §§ 1º e 2º, das Leis 10.637/02 e 10.833/03, que preveem que as referidas contribuições à seguridade social incidem sobre o **total das receitas auferidas no mês pelo contribuinte**, que compreende a **receita bruta** assim definida no art. 12, caput, incisos I a IV, do DL 1.598/77, com redação dada pela Lei 12.973/14.

A **pretensão de excluir as taxas devidas à administradora do cartão da base de cálculo** da receita, na prática, acabaria por abater da receita bruta os custos de produtos vendidos e/ou serviços prestados bem como outras despesas operacionais, fato que implicaria não se estar mais diante do instituto contábil da receita bruta previsto no inciso I do art. 187 da Lei 6.404/76 e apurado na 1ª linha da Demonstração de Resultado Exercício (DRE, também conhecida como Demonstrativo de Lucros e Prejuízos). Ao se abater esse custo das vendas ou essa despesa operacional estar-se-ia diante do instituto do lucro bruto previsto no inciso II do referido art. 187 ou mesmo do lucro operacional previsto no inciso IV do mesmo art. 187. Ademais no âmbito do DL 1.598/77 claramente se coloca como receita bruta o **produto da venda de bens** e o **preço da prestação de serviços** consoante art. 12, incisos I e II, o que indubitavelmente **incluiria esse custo ou despesa operacional da taxa do cartão no fato gerador e base de cálculo do PIS e da COFINS**.

Aplicando o **princípio da legalidade** em matéria tributária previsto no art. 150, I, da CF e no art. 97, incisos I a IV, do CTN, **apenas é possível excluir da base de cálculo do tributo os itens expressamente previstos na legislação**. Sendo silente a lei quanto ao abatimento ou exclusão de alguma materialidade normalmente compreendida no fato gerador da exação, não é possível decotá-la do aspecto quantitativo do fato gerador, devendo integrar a obrigação e o crédito tributários.

A *contrario sensu*, como a permissão de abatimento da taxa devida à administradora do cartão contrariaria o conceito de receita bruta, **criar ou estender essa isenção ou benefício fiscal violaria a interpretação literal ou aplicação restritiva da legislação tributária prevista no art. 111 do CTN**, além de implicar que o Poder Judiciário atuasse abusivamente como legislador positivo, violando a reserva legal específica prevista no art. 150, § 6º, da CF, em usurpação ao princípio da separação dos poderes vazado no art. 2º da CF.



Fundamentos



Fundamentos

Outro argumento a favor de a **taxa de intercâmbio integrar a receita** (e também o faturamento) é a **expressa permissão legal de o empresário/contribuinte das exações poder repercutir no preço do produto ou do serviço vendido (que é cobrado do consumidor final) esse custo com administradora do cartão bem como seu reflexo tributário no PIS e na COFINS**, conforme art. 1º, caput, da Lei 13.455/17 ("Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado."). É dizer, seria legítimo que o comerciante praticasse um preço menor para os pagamentos à vista e em dinheiro e outro preço maior para aqueles pagamentos feitos mediante cartão de débito ou crédito, sem que isso violasse a legislação consumerista ou comercial, através do fenômeno econômico da repercussão bastante comum também no direito tributário, que é a **transferência dos encargos econômicos e tributários pelo empresário ao consumidor final**, que é o contribuinte de fato, não assumindo o contribuinte de direito o ônus do fato gerador do tributo.

Por último, frisamos que a despeito do nome essa "taxa" de intercâmbio (*interchange fee*) não detém a natureza de tributo, sendo um **preço privado livremente pactuado entre o lojista e as instituições financeiras** que participam do arranjo de pagamento mediante cartão (adquirente/credenciadora, emissor e rede de pagamento).

DIREITO CONSTITUCIONAL

STF, ADI 5292. Pessoas desaparecidas e divulgação de fotos em noticiários de TV e em jornais.



Situação Fática

A Lei 16.576/2015, do Estado de Santa Catarina, tornou **obrigatória a divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de televisão** veiculados no âmbito daquele Estado-membro e em **jornais** de circulação local.



Controvérsia

É **constitucional lei estadual** que torna **obrigatória a divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de TV e em jornais** do respectivo estado-membro?



Decisão

Para o STF, **é inconstitucional lei estadual que fixe a obrigatoriedade de divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de TV e em jornais de estado-membro.**



Fundamentos

Entendeu o Supremo que invade a **competência legislativa da União** para dispor **privativamente** sobre **radiodifusão de sons e imagens** (CF, art. 22, IV) a lei estadual que fixa essa obrigatoriedade, afora criar **obrigação não prevista nos contratos de concessão** firmados entre a União (poder concedente) e as concessionárias de rádio e televisão, em violação ao art. 21, XII, da CF, que coloca como de **competência da União** os **serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens**.

Além disso, tal lei estadual ainda incide em **inconstitucionalidade material** porque estabelece **indevida interferência na liberdade de agentes econômicos privados** ao impor a veiculação de conteúdo nos jornais sediados no estado-membro, em contrariedade ao princípio da livre iniciativa, bem como porque **ofende a liberdade de informação jornalística** dos veículos de comunicação social, os quais, por disposição expressa do art. 220 da CF, não podem sofrer restrições pelo poder público.

De resto, registre-se que as **leis nacionais** que disciplinam a busca de pessoas desaparecidas, em especial crianças e adolescentes (Lei 12.127/2009), estabelecem instrumentos próprios de **cooperação** entre os entes federativos, facultando, mediante **convênio**, a cooperação de emissoras de rádio e televisão, sem, contudo, obrigá-las a tanto.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

STJ, RMS 66.905. Recurso ordinário. Apelação em mandado de segurança. Fungibilidade. Recebimento como recurso especial. Descabimento.



Situação Fática

Impetrante de **mandado de segurança** perante o juiz de 1º grau tem a **segurança denegada** em sede de sentença. Após recorrer mediante **apelação**, o tribunal, em sede de acórdão, **confirma a sentença**. Irresignado, o impetrante apresenta **recurso ordinário** para o STJ.



Mesmo que o **recurso ordinário** seja reservado pela Constituição para as hipóteses em que o *mandamus* é **impetrado originariamente perante tribunal** – e não perante juiz de 1º grau –, seria possível aplicar o **princípio da fungibilidade recursal** e receber esse recurso ordinário como **recurso especial**?



Para o STJ, não. **A hipótese em tela constitui erro grosseiro, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.**



Como garantia fundamental prevista no art. 5º, LXIX, da CF, o constituinte regulou o procedimento do writ de maneira a possibilitar a **reanálise da prova pré-constituída do direito líquido e certo** numa **instância recursal** sempre que a decisão de mérito **denegar a segurança e manter o ato coator**.

Quando o mandado de segurança é impetrado **perante o juiz de 1º grau**, o tema não desperta maiores controvérsias porque a **apelação** é o recurso cabível contra a sentença, seja a segurança concedida ou denegada (Lei art. 14, caput, da Lei 12.016/09, devolvendo a análise da matéria de fato e de direito ao órgão recursal).

A preocupação do constituinte realmente se revela quando o mandado de segurança é da **competência originária de tribunal de 2º grau ou de tribunal superior que não seja o próprio STF** (como o Pretório Excelso é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, seria inaplicável o princípio do duplo grau de jurisdição à sua competência originária).

Tratando-se de writ de **competência originária de tribunal que não seja o STF**, a legislação em geral trata a hipótese como mandado de segurança decidido em “única instância”, já que o processo não foi objeto de julgamento monocrático por um juiz a quo, de 1º grau, através de sentença, submetendo-se a julgamento colegiado através de acórdão a ser originariamente proferido por desembargadores ou ministros.

Assim, as decisões que **denegam mandado de segurança em única instância nos tribunais** são combatidas pela via do **recurso ordinário constitucional** (ou, simplesmente, recurso ordinário), que é regulado pelos arts. 1.027 e 1.028 do CPC e **se assemelha à apelação**.

Frise-se que o **recurso ordinário contra decisão denegatória de segurança de TJ ou TRF será sempre dirigido para o STJ** (CF, art. 105, II, ‘b’), mesmo que verse exclusivamente sobre **matéria constitucional**, porque o STJ funcionará como **instância revisora de forma ampla**, à semelhança do recurso de apelação, podendo apreciar **fundamentos de fato e direito** do recurso (diferentemente do que ocorre com o recurso especial). Convém lembrar que o STF será competente para julgar o recurso ordinário contra decisão denegatória de segurança proferida por tribunal superior (CF, art. 102, II, ‘a’), **ainda que o writ verse exclusivamente sobre matéria infraconstitucional**, pelas mesmas razões apontadas na frase anterior.

Por outro lado, as **decisões concessórias de mandados de segurança** julgados em única instância **não são atacáveis pela via do recurso ordinário**, ante o **princípio da taxatividade dos recursos**. À parte sucumbente cabe o manejo dos recursos excepcionais: recurso extraordinário para o STF ou do recurso especial para o STJ. Como tais recursos possuem fundamentação vinculada, não basta a mera sucumbência, fazendo-se necessário que também estejam presentes as hipóteses de cabimento previstas, respectivamente, no art. 102, III, 'a', 'b', 'c', ou 'd' e art. 105, III, 'a', 'b' ou 'c', todos da CF, de maneira que questões constitucionais estarão afetas ao STF, enquanto as infraconstitucionais caberão ao STJ. Aqui o STF e o STJ apreciarão **apenas questões de direito** em razão da fundamentação vinculada do recurso à questão constitucional ou federal, **vedando-se aos tribunais superiores a reanálise de matéria fática e probatória** nos termos da Súmulas 279 e 454 do STF e Súmulas 5 e 7 do STJ:

“Súmula 279 do STF. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

“Súmula 454 do STF. Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.”

“Súmula 7 do STJ. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

“Súmula 5 do STJ. A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

Como o **recurso ordinário** devolve para o tribunal superior a análise da **matéria de fato e de direito**, é irrelevante saber se o capítulo que denegou a segurança impetrada originariamente junto a tribunal se assenta em fundamento constitucional ou infraconstitucional. Sempre será cabível um só recurso, o ordinário. Diferentemente, é altamente relevante saber se o capítulo que concedeu a segurança impetrada originariamente junto a tribunal se assenta em fundamento constitucional e/ou infraconstitucional, dada a possibilidade de interposição simultânea de recurso extraordinário e recurso especial (exceção à unirrecorribilidade), principalmente se o acórdão recorrido se assentar em mais de um fundamento, autônomo e suficiente, para sustentar *de per si* a conclusão do julgado, a exigir a totalidade de impugnação tanto da matéria infra como da constitucional, inclusive com simultaneidade de instâncias, sob pena de prejudicialidade do recurso por ausência de utilidade, conforme Súmula 283 do STF e Súmula 126 do STJ:

“Súmula 283 do STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

“Súmula 126 do STJ. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

Embora o **recurso extraordinário** e o **recurso especial** sejam cabíveis contra decisões de tribunais que tenham julgado a causa em única ou última instância, percebe-se que é necessário o **prévio esgotamento das vias ordinárias** nos termos da Súmula 281 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”), o que não ocorre em decisões denegatórias de mandado de segurança de competência originária de tribunais exatamente por ainda ser permitida a utilização do recurso ordinário.



Fundamentos



Fundamentos

O aviamento de um recurso por outro no presente caso constitui **erro grosseiro**, que **afasta a fungibilidade recursal**, consoante previsão da Súmula **272 do STF** ("Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança."), ratificada pela jurisprudência do STF e do STJ.

A previsão do recurso cabível em writ de competência originária de tribunal na hipótese de sucumbência parcial (dentro de um mesmo pedido) ou de sucumbência recíproca (que envolve mais de um pedido) está atualmente regulada no art. 18 da Lei 12.016/09 ("Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada."), sendo aferida segundo a sorte da demanda (*secundum eventum litis*). O autor deverá interpor recurso ordinário, enquanto o réu deverá manejar recurso extraordinário e/ou especial.

Repisamos que **se o mandado de segurança foi julgado por sentença e chegou ao tribunal através de apelação ou de reexame necessário**, segundo art. 14, caput e § 1º, da Lei 12.016/09, **não será cabível o recurso ordinário contra o acórdão por se tratar de feito de competência recursal do tribunal** (não originária). Aqui, independentemente da sorte da demanda (*eventum litis*), será cabível recurso extraordinário para o STF e/ou recurso especial para o STJ, independentemente da procedência ou improcedência do capítulo do acórdão que aprecia a pretensão recursal.

Assim, a interposição de recurso ordinário no lugar de recurso excepcional (especial ou extraordinário), e vice-versa, constitui **erro grosseiro** que **afasta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal**.