



emagis
cursos jurídicos

INFOEMAGIS EM PAUTA

42

Coordenadores

Felipe Cadete, juiz federal

Gabriel Brum, juiz federal

Sumário

DIREITO PENAL	3
STJ, HC 725.534. Tráfico de drogas. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Diretrizes firmadas no EREsp 1.887.511/SP. Uso apenas supletivo da quantidade e natureza da droga na terceira fase da dosimetria. Revisão de posicionamento. Manutenção do entendimento consolidado há anos pelas Cortes Superiores, acolhido no ARE 666.334/AM pelo STF. Expressiva quantidade de droga apreendida. Único elemento aferido. Modulação da causa de diminuição. Possibilidade.....	3
DIREITO TRIBUTÁRIO	4
STJ, REsp 1.638.772. Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Lei n. 12.546/2011. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Retorno dos autos para retratação. Art. 1.040, II, do CPC/2015. Entendimento contrário fixado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema STF 1.048). Revisão da tese firmada no Tema 994/STJ.....	4
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	7
EAREsp 1.672.966. Dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade de conhecimento do recurso especial, mesmo sem indicação expressa do permissivo constitucional em que se funda. Possibilidade, desde as razões recursais demonstrem o seu cabimento de forma inequívoca. Inteligência do art. 1.029, II, do Código de Processo Civil.	7
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	8
STJ, REsp 1.758.708. Ação Civil Pública. Liquidação da sentença coletiva promovida pelo Ministério Público. Ilegitimidade. Interrupção do prazo prescricional da pretensão individual dos credores. Inocorrência. Modulação dos efeitos da decisão.....	8

DIREITO PENAL

STJ, HC 725.534. Tráfico de drogas. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Diretrizes firmadas no EREsp 1.887.511/SP. Uso apenas supletivo da quantidade e natureza da droga na terceira fase da dosimetria. Revisão de posicionamento. Manutenção do entendimento consolidado há anos pelas Cortes Superiores, acolhido no ARE 666.334/AM pelo STF. Expressiva quantidade de droga apreendida. Único elemento aferido. Modulação da causa de diminuição. Possibilidade.



Situação Fática

Certo réu está sendo acusado da prática do crime de **tráfico de drogas** em razão de ter sido com ele apreendida **1 (uma) tonelada de cocaína**.



Controvérsia

Em caso de condenação, a **quantidade** e a **natureza** da **droga** podem ser utilizadas como fundamento hábil, por si só, à **modulação da causa de diminuição de pena** (terceira fase da dosimetria) prevista no **§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06** ou esses aspectos, necessariamente, devem ser sopesados na primeira fase da dosimetria (fixação da pena-base), por força do art. 42 do mesmo Diploma?



Decisão

Para o STJ, **é possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.**

Entendeu a **Terceira Seção do STJ** que deve ser prestigiado o **entendimento firmado pelo STF** no sentido de que **“As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”** (ARE 666.334, Tema 712), de sorte que **é possível considerar a quantidade e a natureza da droga apreendida tanto para a majoração da pena-base (art. 42 da Lei 11.343/06 c/c art. 59 do CP) quanto para a modulação da causa de diminuição de pena disposta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (de 1/6 a 2/3)**, conquanto não seja possível considerar tais aspectos em ambas as fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*. A par disso, ratificou-se a orientação – que também é perfilhada pelo STF – na linha de que **não se pode invocar tão somente a quantidade e natureza da droga para justificar o afastamento da incidência da minorante em foco** (art. 33, § 4º, da LD), muito embora isso possa ser levado em conta para modulá-la (dosá-la).

Exemplificando, no caso hipotético que apresentamos acima a circunstância de com o réu ter sido apreendida **1 (uma) tonelada de cocaína** pode ser utilizada **(a)** para **augmentar a pena-base** (na primeira fase, em que se parte do mínimo legal de 5 anos – art. 33 da Lei 11.343/06) ou **(b)** para **modular a causa de diminuição** inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (de um 1/6 a 2/3) independentemente de serem, ou não, considerados outros aspectos, contanto, neste último caso (letra 'b'), que essa circunstância já **não tenha sido sopesada na primeira fase para o aumento da pena-base**, a fim de evitar o *bis in idem*. Sem embargo, **não se pode recusar a aplicação da minorante em tela tão somente pelo fundamento de que fora apreendida 1 (uma) tonelada de cocaína com o réu**, ou seja, isso não se presta por si só a afastá-la, mas pode ser tido em conta para **modulá-la** (de 1/6 a 2/3).

De resto, é importante notar que restou **superado**, nesse julgamento, o entendimento anteriormente assentado pela mesma Terceira Seção do STJ no julgamento do EREsp 1.887.511, em que, diversamente, tinha sido firmada a compreensão de que **“1 - A natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006; 2 - Sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa; 3 - Podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base”**.



Fundamentos

DIREITO TRIBUTÁRIO

STJ, REsp 1.638.772. Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Lei n. 12.546/2011. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Retorno dos autos para

retratação. Art. 1.040, II, do CPC/2015. Entendimento contrário fixado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema STF 1.048). Revisão da tese firmada no Tema 994/STJ.



Situação Fática

A empresa ABC Ltda. ao realizar **planejamento tributário** (elisão fiscal) optou por aderir à **contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB)** em substituição àquela normalmente incidente sobre a **folha de salários e pagamentos** (contribuição patronal previdenciária).



Controvérsia

ABC Ltda. poderia **excluir da base de cálculo da CPRB** o valor de **ICMS**, imposto do qual também é contribuinte?



Decisão

Para o STJ, não. **Os valores recolhidos a título de ICMS integram a base de cálculo da CPRB.**



Fundamentos

Num primeiro momento, ao julgar a questão sob a ótica infraconstitucional, o STJ entendeu que o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo da CPRB (Tema 994 dos recursos especiais repetitivos). A Fazenda Nacional, no entanto, interpôs recurso extraordinário, que ficou retido na origem nos termos do art. 1.037, II, do CPC, uma vez que a mesma questão também estava afetada à sistemática de Repercussão Geral. Contudo, posteriormente, ao julgar o **Tema 1.048 da Repercussão Geral**, o STF, analisando a questão sob a ótica constitucional, concluiu de forma diversa do STJ para entender que **"É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB"**.

Como consequência, num segundo momento, o STJ teve de exercer o **juízo de retratação do julgamento repetitivo que contrariou o acórdão paradigma de repercussão geral**, nos termos dos arts. 1.040, II, e 1.041, § 1º, 1ª parte, do CPC, restando **superado o Tema 944 de Recurso Repetitivo**. Esse juízo de retratação é o que foi noticiado no Informativo.

É interessante lembrar que a **EC 42/03** inseriu o **§ 13 ao art. 195 da CF** e permitiu a instituição de **contribuição previdenciária substitutiva** daquela incidente sobre a **folha de salários e pagamentos** prevista no art. 195, I, 'a', da CF c/c art. 22 da Lei 8.212/91, tendo como nova materialidade a receita ou o faturamento, num *bis in idem* em relação à COFINS e ao PIS já previstos nos arts. 195, I, 'b', e 239 da CF. No âmbito do então **Plano Brasil Maior** foi editada a MP 540/11, convertida na **Lei 12.546/11**, que **instituiu a CPRB**, com o escopo de **desonerar a folha de salários e pagamentos** para reduzir a carga tributária e aumentar o emprego. A substituição, que era **inicialmente obrigatória** às empresas listadas nos arts. 7º e 8º da referida lei, após alterações promovidas pela Lei 13.161/15, **passou a ser facultativa**. As empresas têm a **faculdade de aderir ou não ao sistema substitutivo**, caso conclua que a sistemática da CPRB é mais benéfica do que a contribuição sobre a folha.

Mesmo que a **atual Reforma da Previdência** (EC 103/2019) tenha proibido, doravante, o estabelecimento de novas hipóteses de substituição da contribuição sobre a folha de salário por outras contribuições envolvendo a receita ou o faturamento, dando nova redação ao § 9º e revogando o § 13 do art. 195 da CF, **expressamente ressalvou no art. 30 da EC 103/19 a recepção da legislação infraconstitucional em vigor que já previa a substituição da tributação por ocasião da promulgação da referida EC**.

Realizada a opção à tributação pela CPRB, surge a dúvida se o **valor recolhido a título de ICMS** pela empresa poderia ser **abatido da base de cálculo dessa contribuição**, à semelhança do que já ocorre quanto ao **PIS** e à **COFINS** nos termos da tese do **Tema 69 da Repercussão Geral** ("**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS**").

A **natureza facultativa da CPRB** pesou bastante na fundamentação adotada pelo STF para entender pela **impossibilidade de exclusão do ICMS**. Tratando-se a CPRB de uma opção à disposição do contribuinte, o Poder Judiciário deveria ter uma atuação mais contida para não ampliar demasiadamente o benefício, diferentemente do que ocorreria diante do PIS e da COFINS, enquanto contribuições compulsórias.

O **§ 7º do art. 9º da Lei 12.546/11** prevê que apenas podem ser excluídas da receita bruta da CPRB: as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (inciso I); o IPI (inciso III); e ICMS-ST (responsabilidade por substituição tributária) (inciso IV). É dizer, **a legislação tributária é omissa quanto à possibilidade de exclusão do ICMS** incidente sobre operações normais (sem responsabilidade por substituição tributária).

O STF entendeu que o conceito de receita abarca 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 1.598/1977, com redação dada pela Lei 12.973/14.

Permitir que outros tributos também incidentes sobre a receita sejam abatidos da base de cálculo da receita "bruta" acabaria, na prática, por converter a receita de "bruta" em "líquida" conforme previsão do art. 12, § 1º, III, do referido DL.

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 diminuição de outros tributos incidentes sobre a receita apenas se aplica à receita líquida enquanto base de cálculo – e não à bruta –, **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.



Fundamentos

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EAREsp 1.672.966. Dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade de conhecimento do recurso especial, mesmo sem indicação expressa do permissivo constitucional em que se funda. Possibilidade, desde as razões recursais demonstrem o seu cabimento de forma inequívoca. Inteligência do art. 1.029, II, do Código de Processo Civil.



Situação Fática

Certa parte, inconformada com acórdão prolatado por Tribunal de Justiça, interpõe **recurso especial** no qual **esquece de indicar expressamente a alínea (“a”, “b” ou “c”) do permissivo constitucional (inciso III do art. 105 da CF)** em que estaria embasado o recurso.



Controvérsia

É **imprescindível a indicação expressa da alínea do permissivo constitucional** para que possa ser conhecido o recurso especial? Ou é admissível, em certas circunstâncias, o conhecimento do recurso especial **mesmo que a parte recorrente tenha olvidado de indicar a alínea do permissivo constitucional** em que estaria fundada a sua súplica recursal?



Decisão

Para o STJ, **a falta de indicação expressa da norma constitucional que autoriza a interposição do recurso especial (alíneas a, b e c do inciso III do art. 105 da CF) implica o seu não conhecimento pela incidência da Súmula 284 do STF, salvo, em caráter excepcional, se as razões recursais conseguem demonstrar, de forma inequívoca, a hipótese de seu cabimento.**



Fundamentos

O Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 1.029, que "O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida". Como se vê, o inciso II do art. 1.029 do CPC expressamente exige que o recorrente demonstre o cabimento do recurso interposto.

Nada obstante, a **Corte Especial do STJ** - pacificando antiga controvérsia no Tribunal e prestigiando os **princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade do processo**, em ordem a dar concretude ao princípio constitucional do **devido processo legal** em sua **dimensão substantiva de razoabilidade e proporcionalidade** - entendeu que **deve ser dispensada a indicação expressa da alínea do permissivo constitucional em que se funda o recurso especial no casos em que as razões recursais conseguem demonstrar, de forma inequívoca, o seu cabimento**, segundo os "casos previstos na Constituição Federal". Nessa situação (ou seja, quando a **parte recorrente deixa de indicar a alínea do permissivo constitucional em que se funda o seu recurso especial mas é possível, das razões recursais, depreender a hipótese de cabimento em que se lastreia**), não se pode negar seguimento ao recurso especial ao argumento de incidência da **Súmula 284 do STF** ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."), o que representaria **excesso de formalismo**.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

STJ, REsp 1.758.708. Ação Civil Pública. Liquidação da sentença coletiva promovida pelo Ministério Público. Ilegitimidade. Interrupção do prazo prescricional da pretensão individual dos credores. Inocorrência. Modulação dos efeitos da decisão.



Situação Fática

Sentença de **processo coletivo** condenando o réu no dever de reparação pela violação de **direitos individuais homogêneos** (art. 81, parágrafo único, III, do CDC) transita em julgado. O título executivo **não trata de direitos difusos nem coletivos em sentido estrito** (art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC). O Ministério Público peticiona nos autos requerendo o **cumprimento de sentença** com a **liquidação em favor das vítimas e seus sucessores**. O juízo *a quo* acolhe o pedido em decisão que posteriormente vem a ser reformada em grau recursal ante a **ilegitimidade do parquet para o cumprimento de sentença de direito individual disponível**.



Controvérsia

Na situação em tela, a atuação do Ministério Público tem o condão de **interromper a prescrição** em favor das **vítimas e sucessores** que tiveram seus **direitos individuais homogêneos violados**?



Decisão

Para o STJ, não. **A liquidação da sentença coletiva, promovida pelo Ministério Público, não tem o condão de interromper o prazo prescricional para o exercício da pretensão individual de liquidação e execução em favor das vítimas e de seus sucessores.**

Por mais que o art. 97 do CDC assegure que a liquidação e a execução de sentença coletiva poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores como também pelos legitimados de que trata o art. 82 (que no inciso I elenca o Ministério Público), a interpretação sistemática com o art. 98 do CDC impõe que se observe a distinção de seu § 2º entre liquidações e execuções individuais (inciso I) e execução coletiva (inciso II).

Dessa maneira, **o Ministério Público apenas ostenta legitimidade para executar os “interesses essencialmente coletivos”, que são os direitos difusos e coletivos em sentido estrito** (art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC), **carecendo o parquet de legitimidade para liquidar e executar “interesses acidentalmente coletivos”, que são os direitos individuais homogêneos** (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), ante a natureza divisível e disponível desses últimos.

Por mais que o exposto acima fosse pacífico na jurisprudência do STJ, existia uma divergência sobre se o pedido de liquidação da sentença coletiva promovido por legitimado coletivo do art. 82 do CDC **teria ou não o efeito de interromper a prescrição em favor das vítimas e sucessores.**

Prevaleceu na Corte Especial a posição de se aplicar a lógica do **art. 204, 1ª parte, do CC**: “a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros”, é dizer, a atuação do titular do direito essencialmente coletivo (difusos e coletivos em sentido estrito) não pode ser aproveitada pelas vítimas e seus sucessores por serem eles os titulares do direito acidentalmente coletivo (individuais homogêneos). **Se esses últimos se quedarem inertes, mesmo que Ministério Público aja em seus nomes, isso não será o suficiente para interromper a prescrição da pretensão de reparação derivada da sentença coletiva.**

Cabe observar que, por razões de segurança jurídica, **o STJ aplicou a faculdade prevista no art. 927, § 3º, do CPC e modulou os efeitos da decisão para decretar a eficácia prospectiva do novo entendimento**, atingindo apenas as situações futuras, ou seja, as ações civil públicas cuja sentença seja posterior à publicação do acórdão noticiado no Informativo.



Fundamentos

