
Sonegação tributária e tarifária: ainda a distinção entre tributo e tarifa

Leonardo de Medeiros Fernandes

Advogado da Petrobras S.A. na Gerência Jurídica de Tribunais Superiores em Brasília. Professor. Bacharel em Direito pela UFPE.

Resumo: Tributos e tarifas são verbas pecuniárias utilizadas na remuneração de serviços públicos. Essas receitas orçamentárias possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, a princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária. O contribuinte do tributo obriga-se, por força de lei, a remunerar serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. O pagador da tarifa, que é o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de Defesa do Consumidor. Os regramentos distintos dessas verbas implicam soluções diversas, inclusive nas hipóteses de repetição do indébito e de cobranças criminosas de tributos e tarifas. Em que pese todas as distinções legais e doutrinárias, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando à sonegação tarifária o mesmo raciocínio adotado para os casos de sonegação fiscal, no sentido de declarar a extinção da punibilidade, na hipótese de acordo celebrado entre o infrator e a concessionária do serviço público, antes do recebimento da denúncia, para parcelamento dos valores e, destarte, pagamento integral da dívida. Para além da distinção clássica entre tributo e tarifa, incursionaremos pela legislação tributária, consumerista, penal e processual, para o deslinde dos problemas propostos à luz da jurisprudência dos tribunais do país.

Palavras-chave: Direito. Tributário. Penal. Tributo. Tarifa. Sonegação. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1 Ainda a distinção entre tarifa e tributo. 2 Solução dos problemas. 3 Insignificância da energia elétrica subtraída. 4 *Pecunia non olet*. 5 Cobranças indevida: repetição de indébito. 6 Cobranças irregulares: crime. 7 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente texto propõe-se, preliminarmente, a explicar a diferença entre tributos e tarifas. Para tratar dos preços públicos e das exações, partiremos de situação hipotética que vem sendo discutida nos tribunais superiores e gira em torno da sonegação de verbas tributárias e tarifárias. Daí, desenvolveremos o tema e as consequências práticas dessa importante distinção jurídica na Constituição da República, nas leis de direito público e direito privado e na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Hipótese: X “puxou” fios de poste de iluminação pública para consumir, clandestinamente, em seu estabelecimento empresarial, energia elétrica fornecida pela concessionária Y; após alguns meses, foi descoberta a “fraude”; a autoridade policial prendeu em flagrante X, lavrou o auto de prisão, concedeu-lhe a fiança e, após investigações e relatório, indiciou o suspeito por “furto de energia elétrica”; os autos, por fim, foram enviados à central de inquéritos para o oferecimento de denúncia pelo membro do *Parquet*.

Diante dessa hipótese, questionam-se as soluções jurídicas diante dos seguintes casos: 1) X paga as tarifas de energia elétrica antes do oferecimento da denúncia; 2) X paga as tarifas de energia elétrica até o recebimento da denúncia; 3) X paga as tarifas de energia elétrica antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 4) X paga as tarifas de energia elétrica após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 5) exigência

da contribuição de iluminação pública (CIP) devida ao município; 6) posteriormente, foi apurado que X pagou em excesso a tarifa de energia elétrica à concessionária Y e o tributo CIP à Fazenda Municipal; 7) ou então houve cobrança irregular da tarifa e do tributo.

1 Ainda a distinção entre tarifa e tributo

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que não há sinonímia entre tarifas e tributos. Essas prestações não se confundem, embora ambas sejam tratadas sob a rubrica de *receitas públicas orçamentárias* utilizadas, uma ou outra, na remuneração de serviços públicos.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal há muito sumulou sua jurisprudência remansosa no enunciado nº 545: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”¹ (BRASIL, 1969b, grifo nosso).

Tanto a taxa quanto o preço público constituem um pagamento realizado em troca da fruição de um serviço ou bem estatal,

¹ Realçamos essa última parte *do enunciado porque não tem mais aplicação para nenhum tributo. Trata-se do princípio da anualidade tributária, que vigeu até a CR/1967 (EC 1969), mas, a partir da CR/1988, foi abandonado. Portanto, descabe falar em autorização orçamentária para a cobrança de tributo, taxa e, ainda mais, para preço público tarifa*. No mesmo sentido, está superado o enunciado nº 67 da súmula de jurisprudência do STF, que versava sobre o princípio da anualidade tributária, *in verbis* “É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”.

divisível e específico, sendo a primeira caracterizada pela compulsoriedade, já que resulta de uma obrigação legal, enquanto que o segundo, pela facultatividade, já que decorre de uma relação contratual. Além disso, observou-se que as receitas das taxas ingressam nos cofres do Estado, mas as provenientes dos preços públicos integram patrimônio privado dos entes que atuam por delegação do Estado (RE 576189/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009).

As tarifas não possuem definição legal e são regidas pelo Direito do Consumidor, especialmente pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), sem exclusão de outras normas decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, de legislação interna ordinária, *verbi gratia* CC/2002 e Lei nº 8.987/1995², de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como das que derivem de princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (art. 7º, *caput*).

A definição de tributo, por sua vez, é legal e suas espécies são disciplinadas pelo Direito Tributário, postas na Constituição da República de 1988, na Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN) e respectiva “legislação tributária” – leis, tratados internacionais, decretos, normas complementares (art. 96). O CTN/1966, em seu art. 3º ³, à luz da EC nº 18/1965 à

² Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, CR. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas* (art. 6º, § 1º, Lei nº 8.997/1995).

³ Também a Lei nº 4.320/1964, com fundamento na redação original da CR/1946, definiu tributo: “[...] receita derivada instituída pelas entidades

CR/1946, trouxe a definição jurídica de tributo: “[...] toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966).

Quanto à categoria econômica, as tarifas são *receitas correntes de serviços* e as espécies tributárias possuem rubrica própria nas *receitas correntes tributárias*. As tarifas, portanto, não se enquadram nas taxas. Estas são espécie de tributos e submetem-se aos princípios tributários, *verbi gratia* legalidade e anterioridade, que não limitam os preços públicos.

As tarifas são *preços públicos* e constituem receita originária. São ingresso ou entrada de dinheiro sempre definitivo. Os tributos são *impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios*. Todos configuram *receitas derivadas* e apenas os últimos são ingressos provisórios. As tarifas não admitem a repartição direta ou indireta das receitas auferidas. Por outro lado, a CR/1988 às vezes admite a repartição direta ou indireta da receita tributária. Como exemplo, podem ser mencionados os impostos IR e IPI (arts. 157, 158, 159, I, II, CR – EC nº 84/2014).

A instituição de tarifa, receita privada que é, decorre de negócio jurídico bilateral, daí a natureza contratual e o regime predominante de direito privado – princípio da autonomia da

de Direito Público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades” (art. 9º).

vontade. A tributação é negócio jurídico unilateral, porque somente a lei *stricto sensu* permite a sua instituição, sendo determinado pelo regime de direito público – princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

As tarifas servem a remunerar os serviços públicos *uti singuli*. Esses serviços singulares são as utilidades específicas e divisíveis fornecidas por concessionárias ou permissionárias (pessoas jurídicas de direito privado) aos usuários, mediante celebração de contrato. Daí sempre o preço público gozar de referibilidade, facultatividade e intuito lucrativo.

Os tributos são *retribuições* ou *contribuições* a serviços públicos prestados pela Administração Pública direta ou indireta (órgãos ou pessoas jurídicas de direito público) aos usuários. Ou remuneram serviços *uti singuli*, como as taxas, ou aqueles *uti universi*, utilidades inespecíficas e indivisíveis, a exemplo da contribuição de iluminação pública⁴. Poderão, pois, gozar de referibilidade ou não. Os tributos não perseguem lucro nem são facultativos, pois são obrigações *ex lege*, prestações compulsórias de dinheiro ao erário público, obtidas pelo constrangimento de parte do patrimônio do particular pelo Estado no exercício do seu *jus imperii*.

O devedor de tarifas é o usuário (*consumidor*) do serviço e só poderá ser cobrado se efetivamente usar o serviço público, quando por ele usufruído a qualquer título. Quer dizer que, no

⁴ *STF Vinculante 41*. “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

regime tarifário, não há utilização potencial, em que se presume que o serviço é de uso compulsório. O sujeito passivo do tributo é o *contribuinte* – ou *responsável* – e deverá pagar pela utilização efetiva ou potencial do serviço, mas há outros tributos que são cobrados independentemente disso.

Se o contribuinte não paga o tributo taxa, terá contra si processo de execução fiscal, regido pela Lei nº 6.830/1980. Caso o consumidor seja cobrado judicialmente por dívidas de tarifas, responderá a processo de execução comum, regido pela Lei nº 13.105/2015.

Em tempo: o princípio da capacidade contributiva – *ex vi* § 1º do artigo 145 da CR – é invocado para os impostos, mas vem sendo estendido pela legislação infraconstitucional para outros tributos, a exemplo das taxas, e reconhecido como válido pelo STF.

Doutra ponta, o STJ reiteradamente decide pela validade da aplicação dessa norma tributária também às tarifas, apesar de não serem tributos. Isso porque essa sistemática de *progressividade* permite à Administração Pública alcançar o ideal de igualdade material e, destarte, de justiça social. Nesses casos, colacionamos as jurisprudências respectivas dos Egrégios STF⁵ e STJ:

⁵ O STF já reconheceu constitucional a aplicação da capacidade contributiva até para penalidades tributárias: “A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 239964, Relatora Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 09-05-2003).

O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU - a metragem da área construída do imóvel - que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomado em linha de conta na determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base impositiva da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base impositiva do tributo. Tem-se, com isto, também, forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º. R.E. não conhecido (RE 232393, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999, DJ 05-04-2002).

É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo (BRASIL, 2009b). O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que há legalidade na cobrança de tarifa pelo fornecimento de água pelo consumo mínimo e de forma progressiva. Em casos de condomínios, em que existe apenas um hidrômetro a auferir o consumo global de água, deve ser aplicada a tabela progressiva, proporcionalmente ao consumo total medido, a fim de que, quanto maior o consumo, maior a tarifa a ser suportada pelo condomínio, de acordo com o escalonamento preestabelecido. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 997.405/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 09/11/2009).

Ainda há distinção. Embora a questão tributária seja relevante para os contribuintes, a tese jurídica não tem repercussão para a comunidade, ante a especificidade das deduções, o que implica a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública⁶. Aliás, a própria Lei nº 7.347/1985, em seu art. 1º,

⁶ REsp. 178.408/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ de 25/10/1999; REsp. 86.381/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 3/11/1999;

parágrafo único, expressamente dispõe: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.” (BRASIL, 1985).

É farta e antiga a jurisprudência do STJ que reconhece a impossibilidade de o Ministério Público ajuizar demandas discutindo a relação jurídico-tributária. Isso porque “a sujeição passiva da relação jurídico-tributária alterando, por consequência, a sujeição ativa, a sua classificação técnica correta não é a de veiculação de interesse social, mas a de pretensão referente a direito individual homogêneo disponível” (REsp 1541275/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 18/12/2015).

Por outro lado, a ação civil pública, nas hipóteses de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, será regida pela Lei nº 7.347/1985 (art. 1º, II, III – incluído pela Lei nº 8.078/1990). Isto posto, ao contrário do parágrafo anterior, o Ministério Público é legitimado para a ação civil pública em defesa de direitos transindividuais (por exemplo, emissão de

REsp. 233.664/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJ de 21/02/2000; REsp 799.780-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/5/2007; REsp 878.312-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13/5/2008; REsp 914.234-RN, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/12/2008.

faturas de consumo de energia elétrica para cobrança de tarifas, ainda que envolva indiretamente o tributo contribuição de iluminação pública).

In casu, concessionária de energia elétrica cobrava, na mesma fatura, a contribuição de iluminação pública com a tarifa de energia elétrica, englobando-as no mesmo código de leitura ótica, sem dar oportunidade ao administrado de optar pelo pagamento individual, o que gerou a propositura de ação civil pública (ACP) pelo Parquet estadual. A Turma conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento, reafirmando a legitimatio ad causam do Ministério Público para ajuizamento de ACP em defesa de direitos transindividuais, no caso, a emissão de faturas de consumo de energia elétrica com dois códigos de leitura ótica, informando, de forma clara e ostensiva, os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica. Na espécie, a pretensão intentada na ACP ab origine não revela hipótese de pretensão tributária, pois o que se pretende é resguardar interesses dos consumidores e não dos contribuintes, na medida em que se insurge contra a forma como a concessionária vem cobrando os serviços de energia elétrica e a contribuição de iluminação pública, o que afasta a vedação prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985. Revela-se, assim, interesse nitidamente transindividual, pois o que se pretende alcança uma coletividade, representada por um grupo determinável, ligado pela mesma relação jurídica com a concessionária. Dessarte, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/1988, dos arts. 81 e 82 do CDC e do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, é legitimado a promover ACP na defesa de direitos transindividuais, nesses incluídos os direitos dos consumidores de energia elétrica, como na hipótese (REsp 1.010.130-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/11/2010.⁷).

⁷ Precedentes citados do STF: AgRg no RE 424.048-SC, DJ 25/11/2005; do STJ: REsp 435.465-MT, DJe 28/9/2009; REsp 806.304-RS, DJe 17/12/2008; REsp 520.548-MT, DJ 11/5/2006; REsp 799.669-RJ, DJe 18/2/2008; REsp 684.712-DF, DJ 23/11/2006, e AgRg no REsp 633.470-CE, DJ 19/12/2005.

2 Soluções dos problemas

A partir da legislação e jurisprudência atual, as hipóteses 1, 2 e 3 poderão, cada uma, ter duas soluções distintas. Isso porque dependerá da existência de programa de *parcelamento* de débitos e, nesse caso, deve o “sonegador” reconhecer a dívida e ser incluído, antes da sentença judicial, no referido regime, parcelando o débito das tarifas devidas pela “subtração”.

À semelhança do que ocorre com os tributos federais, em casos de preços públicos, tem-se decidido que a pretensão punitiva será suspensa até antes do trânsito em julgado. E, caso não haja adesão a um regime de *parcelamento de tarifa*, temos solução diversa: seguem-se os limites normativos do Código Penal em vigor, se houver a reparação do dano.

Primeiro caso. “X paga as tarifas de energia elétrica antes do oferecimento da denúncia”.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que haverá extinção da punibilidade do agente, na hipótese de *pagamento integral* do débito das tarifas, com parcelamento ou não, antes de o Ministério Público oferecer a exordial. É que, se o pagamento do tributo, antes do oferecimento da denúncia, enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica subtraída, sob pena de violação ao princípio da isonomia (HC 252.802/SE, DJe 17/10/2013).

Mais recentemente, a 5ª e 6ª Turmas do STJ reafirmaram essa tese⁸:

FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ACORDO CELEBRADO ENTRE O INFRATOR E A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PARCELAMENTO DOS VALORES E PAGAMENTO INTEGRAL ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 9.430/1996 E SUAS ALTERAÇÕES. POSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao preço público estabelecido como contraprestação ao serviço público de energia elétrica aplicam-se, por analogia, as causas extintivas da punibilidade previstas para os delitos contra a ordem tributária. Precedentes. 2. Na espécie, realizada inspeção na concessionária de serviços públicos, foram apuradas irregularidades a serem ressarcidas, correspondentes a R\$ 21.592,76 (vinte e um mil, quinhentos e noventa e dois reais, e setenta e seis centavos). A medição da energia no estabelecimento de propriedade do recorrente foi regularizada por meio da substituição dos equipamentos instalados. Em 12 de maio de 2010, o recorrente reconheceu o débito e firmou Termo de Confissão de Dívida. Neste, os danos foram negociados, estipulando-se o pagamento em 15 (quinze) parcelas, com vencimentos entre 25 de maio de 2010 e 25 de julho de 2011, integralmente quitadas. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal nº 0042158-64.2010.8.26.0602, relativamente ao recorrente (RHC 56.505/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 0/0/2016, DJe 24/8/2016).

É sabido que os crimes contra a ordem tributária, em sua maioria, especialmente os previstos no artigo 1º da Lei

⁸ No mesmo sentido: HC 347.353/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; RHC 59.656/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 07/06/2016; HC 352.328/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016.

nº 8.137/1991⁹, são crimes *materiais*, quer dizer, são delitos que exigem, para a sua consumação, a ocorrência de evento naturalístico. Deve existir um dano ao sujeito passivo, *in casu*, dano ao erário público. Caso não se produza o fato, tem-se crime tentado.

Pois bem. A conduta de “subtrair” energias acarreta o apoderamento do *bem móvel* sem pagamento do referido preço público. Configura espécie de *crime contra o patrimônio*, nesse caso, contra as entidades concessionárias ou permissionárias. Em razão dessa “sonegação de tarifa”, o resultado naturalístico é o prejuízo aos cofres dessas entidades privadas. O Código Penal tipificou¹⁰:

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – Reclusão, de um (01) a quatro (04) anos, e multa.

[...]

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico (BRASIL, 1940).

Isto posto, ambos os delitos em apreço são crimes materiais e, se realizado o pagamento antes do oferecimento da denúncia, quer dizer que não se configurou a materialidade da infração

⁹ *STF Vinculante 24*. “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

¹⁰ Não se trata de *furto qualificado*. O CP/1940, em sua redação atual, não elencou a figura típica de *furto “qualificado” contra o patrimônio de concessionárias de serviços públicos*. Aliás, essa qualificadora só surge, sob a rubrica do Título II, nos tipos de dano (cf. art. 163, parágrafo único, III, CP) e receptação (cf. art. 180, § 1º, CP). É *furto simples*, portanto.

penal e, destarte, não existe justa causa para a consecução da ação penal, devendo o juiz, de ofício, extinguir a punibilidade, a bem dos princípios da igualdade e da não culpabilidade.

Veja-se que, no HC 252.802, foi concedido *ex officio*, pelo próprio STJ, amparado na remansosa jurisprudência do excelso STF, bem como da própria Augusta Corte, que há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando, além de incidir uma causa de extinção da punibilidade, também se configurar hipótese de “*inequívoca comprovação da atipicidade da conduta*” ou de “*ausência de indícios de autoria*” ou “*ausência de prova sobre a materialidade do delito*” (HC 349.615/PE, DJe 10/8/2016).

Parece que, com ou sem inclusão no regime de parcelamento, a conduta do agente “X” encaixa-se nessa última hipótese: *inexistência da materialidade do delito*. A eventual denúncia, portanto, será rejeitada pelo magistrado, *ex vi* artigo 395 do CPP. Isto posto, deverá o julgador, em qualquer grau de jurisdição, decidir pela extinção da punibilidade do agente¹¹. Dispõe a lei:

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

[...]

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

¹¹ CPP, “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade”.

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal (BRASIL, 1941).

Tem decidido o STJ:

O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade, quer pela atipicidade da conduta, ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte (HC 292.858/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015).

O trancamento da ação penal é medida excepcional só admitida quando restar provada, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade. Pago o débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se justificando a persecução penal. Precedentes. Na hipótese, o recorrente celebrou acordo com a concessionária de energia elétrica, parcelando o débito decorrente da subtração de energia elétrica que lhe foi imputada, com o seu posterior adimplemento, circunstância que enseja a extinção de sua punibilidade. Recurso provido para trancar a ação penal instaurada em face do recorrente (RHC 62.437/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016).

Anote-se que o STF, em situação parecida, há muito tem assim decidido quanto ao título de crédito *cheque*. Eis a orientação sedimentada no enunciado 544 da súmula ordinária do STF: o ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade estatal, é dizer, “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento

da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal” (BRASIL, 1969a).

Quanto aos casos 2 e 3 suprarreferidos, entendemos, portanto, que essa fundamentação apenas serve quando o agente estiver incluído no regime de *parcelamento de tarifas*. Isso porque, como decidiu o Egrégio STJ, são casos resolvidos por aplicação analógica *in bonam partem* da Lei nº 10.684/2003¹². Isto posto, na hipótese de o agente não estar incluído no regime de parcelamento, deve-se seguir as regras do Código Penal em vigor.

Segundo caso. “X paga as tarifas de energia elétrica até o recebimento da denúncia”. Em geral, quando o agente repara o dano antes do *recebimento* da exordial, incide a regra do *arrependimento posterior*, que é definida como causa geral de diminuição da pena que se impõe, *in verbis*

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1940).

Mas a Lei nº 10.684/2003, que dispõe sobre parcelamento de tributos federais, diz:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848/1940, durante o período

¹² Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (BRASIL, 2003).

Em conclusão, não havendo parcelamento, deve o juiz aplicar a minorante do arrependimento posterior do Código Penal. Parcelada a dívida, segue-se, por analogia, o regramento da Lei nº 10.684/2003.

Terceiro caso. “X paga as tarifas de energia elétrica antes do trânsito em julgado da sentença penal”. Fora da hipótese de parcelamento, o agente é favorecido pela *circunstância atenuante* disciplinada no Código Penal em vigor, *in verbis*

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (BRASIL, 1940).

Mas essa solução, como discutido alhures, não se aplica ao caso de agente incluído, antes da sentença judicial, em regime de parcelamento de tarifa. Isso porque, nesse caso, a Lei nº 10.684/2003 determina a suspensão da persecução penal até o pagamento integral do débito. Após isso ser documentado nos autos do processo crime, segue-se a extinção da punibilidade.

Quarto caso. “X paga as tarifas de energia elétrica após a sentença penal condenatória”. Com ou sem parcelamento, o pagamento do débito de tarifa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não acarretará a extinção da punibilidade, assim como se tem decidido em relação aos tributos. Nesse sentido:

Nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), o pagamento do débito previdenciário após o trânsito em julgado da sentença condenatória não acarreta a extinção da punibilidade. O art. 9º da Lei 10.684/2003 dispõe que: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”. O referido dispositivo trata da extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Dessa forma, não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento quando se trata de pretensão executória, como na hipótese em análise (Precedente do STJ: RHC 29.576-ES, Quinta Turma, DJe 26/2/2014. Precedente do STF: QO na AP 613-TO, Plenário, DJe 4/6/2014. HC 302.059-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 11/2/2015).

3 Insignificância da energia elétrica subtraída

É possível, portanto, o reconhecimento da *causa de extinção da punibilidade* nas hipóteses de pagamento integral do débito de tarifa na mesma medida que a lei permite para os tributos. Mas, assim como se tem reconhecido a atipicidade material da sonegação fiscal por aplicação do postulado da *insignificância*, questiona-se se seria possível estender o mesmo raciocínio aos débitos tarifários.

A princípio sim. É possível, em tese, invocar o princípio da insignificância ao crime de furto de energia elétrica, quando se evidenciar que o bem jurídico tutelado (o patrimônio, no caso) sofreu mínima lesão e que a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Na hipótese dada, caso o juiz reconheça presentes os requisitos necessários, poderá absolver o agente diante de *causa supralegal de exclusão da tipicidade*.

A jurisprudência do STF apresenta os vetores cumulativos que deverão estar presentes: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. A Corte apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público em matéria penal (HC 98.152-MG, DJ 5/6/2009; HC 112.378/SP, DJe 18/9/2012).

O STJ tem decidido no mesmo sentido:

A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, como, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência e o tempo do agente na prisão pela conduta. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. Nesse contexto, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, na situação em análise, a conduta do réu não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. Ademais, há de se ressaltar que o mencionado princípio não fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna (HC 299.185-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/9/2014).¹³

Não se deslembre de uma hipótese diversa, em que o agente, para subtrair energia elétrica, mediante conduta artilosa, realiza adulteração do medidor de energia elétrica e subtrai *quantum* que extrapola o valor de um salário mínimo. Já decidiu assim o STJ:

As circunstâncias do crime de furto de energia elétrica, mediante a adulteração dos marcadores de leitura, afastam a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de conduta altamente reprovável e, portanto, relevante para o Direito Penal. *In casu*,

¹³ No mesmo sentido: AgRg no RHC 44.461-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/5/2014; AgRg no REsp 1342213/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 13/5/2014.

não se cuida de conduta de mínima ofensividade, sendo que não se pode considerar como inexpressiva a lesão jurídica provocada, em razão do valor da res furtiva, avaliada em R\$ 825,34, que não pode ser tido por irrisório, porquanto bem superior ao salário mínimo vigente à época, ainda que se leve em conta a capacidade financeira da vítima. Habeas Corpus não conhecido (HC 319.636/MS, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015).

Em relação às tarifas, portanto, não se pode adotar o patamar de R\$ 10.000,00 como tem sido feito para os tributos federais. Ainda com maior razão, deve-se afastar o teto absurdo de R\$ 20.000,00¹⁴ – às vezes reconhecido para sonegação de tributos federais. A propósito, eis a jurisprudência:

Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido (REsp 1112748/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009).

O valor de R\$ 20 mil fixado pela Portaria MF 75/2012 - empregado como critério para o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos na Dívida Ativa da União - não pode ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de

¹⁴ Precedente da 1ª Turma do STF: HC 120617, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 4/2/2014.

descaminho (REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014. REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014).

4 *Pecunia non olet*

Quinto caso. Questiona-se, em todos esses casos de “furto simples de energia elétrica”, se será devida a contribuição de iluminação pública (CIP) de que trata o artigo 149-A da CR (incluído pela EC nº 33/2002). O tributo CIP está previsto na CR/1988 da seguinte maneira:

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica (BRASIL, 1988).

A Lei nº 17.070/2004 do Município de Recife, com a autorização da EC nº 33/2002, por exemplo, alterou o Código Tributário do Recife (Lei Municipal nº 15.563/1991), revogando a *inconstitucional* “taxa de iluminação pública” e instituiu a CIP:

Art. 68. A Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP tem como fato gerador a prestação de serviços de iluminação pública.

[...]

Art. 70. O contribuinte da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP é o consumidor de energia elétrica residente ou estabelecido no território do Município do Recife.

[...]

Art. 71. A CIP tem como base de cálculo a Tarifa Convencional de Iluminação Pública [...].

Art. 73-A. Servirá como título hábil para a inscrição em Dívida Ativa, sessenta (60) dias após a verificação da inadimplência: I - a comunicação do não pagamento efetuada pela concessionária que contenha os elementos previstos no art. 202 e incisos do Código Tributário Nacional (RECIFE, 1991).

Em que pese a conduta analisada configurar crime patrimonial de *furto de energia elétrica*, o sujeito também realizou *objetivamente* o fato gerador da contribuição especial CIP e, automaticamente, surgiu a obrigação tributária principal, vinculando o sujeito ativo do delito (agora sujeito passivo tributário) à municipalidade (sujeito ativo tributário).

É a consagrada *teoria objetiva do fato gerador* que, no artigo 118 do CTN/1966, permite a aplicação do princípio *pecunia non olet*, fundado na isonomia fiscal e, destarte, capacidade contributiva, *in verbis*

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (BRASIL, 1966).

O STJ vem decidindo:

O art. 118, I, do CTN não pode ser interpretado de forma insulada, porquanto pode trazer sérias contradições aos demais dispositivos legais. O princípio do *non olet*, expresso no artigo citado, foi criado por Albert Hensel e Otmar Bühler e tem como escopo permitir a tributação das atividades ilícitas. Irrelevante, portanto, para a determinação do fato gerador, a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes (REsp 1493162/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda

Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014. No mesmo sentido: HC 351.413/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

Cabe ainda anotar que o princípio *pecunia non olet* não traz prejuízo ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Também não o limita nem impede sua aplicação. Aquele é instituto de direito material tributário e tem sede legal, enquanto este é garantia processual penal de não autoincriminação com sede constitucional. Nesse sentido, o STJ:

O princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se à garantia da não auto-incriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. Já o princípio *pecunia non olet* carrega consigo a idéia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se o rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário. Tais princípios não se contrapõem, seja pela questão topográfica em que se encontram no direito, seja porque um não limita ou impossibilita a aplicação do outro, até mesmo porque o princípio *pecunia non olet* despreza a origem da fonte econômica tributável - se lícita ou ilícita. A necessidade de se recolher impostos surge com o fato de se auferir renda, pouco importando se essa renda é lícita ou ilícita, não ensejando, por isso mesmo, qualquer ingerência no princípio da não auto-incriminação, do contrário dificilmente se vislumbraria a prática de crimes contra a ordem tributária, que geralmente estão ligados ao cometimento de outros delitos, como por exemplo, contra o sistema financeiro nacional. Recurso especial desprovido (REsp

1208583/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).

5 Cobranças indevidas: repetição de indébito

Sexto caso. Apurou-se, posteriormente, que o agente X pagou em excesso a tarifa de energia elétrica e a contribuição especial CIP. Ambos os casos constituem pagamentos *indevidos*, porque o agente pagou mais do que devia. Diante da vedação do enriquecimento sem causa aplicável tanto à concessionária Y quanto à Fazenda Municipal, X tem direito de receber a diferença paga em excesso. Legítima a *ação de repetição de indébito*.

O contribuinte deve obedecer ao disposto no CTN/1966 quanto ao pagamento em excesso da CIP (tributo). Quanto à tarifa de energia elétrica (preço público), o consumidor submete-se às regras dispostas no CC/2002 e no CDC/1990¹⁵. As respectivas ações de repetição de indébito acentuam ainda mais as diferenças entre tarifa e tributo.

Dispõe o CDC/1990 que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito da tarifa por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, *salvo hipótese de engano justificável quando a devolução será simples* (art. 42, parágrafo único). Quer dizer que, apenas em caso de dolo, culpa ou má-fé,

¹⁵ CDC/1990, Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição nos cadastros CPF ou CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente. Incluído pela Lei nº 12.039, de 2009.

haverá a dobra do valor pago indevidamente a título de tarifa. Se houve apenas erro desculpável, a devolução é simples.

Inviável a repetição em dobro do indébito sem prova inequívoca da má-fé do credor, que não pode ser presumida. A verificação da ocorrência de má-fé, a justificar a devolução em dobro dos valores pagos, demanda o reexame da matéria fático-probatória (AgInt no AREsp 779.575/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016).

Dispõe o CTN/1966, por sua vez, que o contribuinte tem direito à restituição simples do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, entre outros casos, quando há cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (art. 165, I). Quer dizer que a devolução do indevido a título de tributo será sempre simples porque não se pode presumir má-fé do Poder Público – presunção de legitimidade dos atos administrativos.

No Direito Tributário, o direito de pleitear a restituição de tributo extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário (art. 168, I). No Direito do Consumidor, o STJ entende que o prazo de prescrição para a pretensão da repetição de indébito de tarifas de água e esgoto submete-se ao prazo geral de dez anos fixado no art. 205 do CC/2002, haja vista que o prazo de cinco do art. 27 do CDC/1990 somente se aplica a ações de danos.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que nos tributos em que há o lançamento direto, ou de ofício, como o IPTU e outras taxas municipais, o prazo prescricional para se pleitear a repetição do indébito é de cinco anos, contados a partir da data em que se deu o pagamento do tributo, nos termos do art. 168, I, do CTN. No REsp 947.206/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 26/10/2010, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, reafirmou-se o posicionamento acima exposto (AgRg no Ag 1409513/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011).

A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil (BRASIL, 2009c).

A prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço (AgRg no REsp 1518086/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015).

O prazo prescricional da pretensão de ressarcimento por cobrança indevida de coleta de esgoto é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC. Na oportunidade, registrou-se ser essa a solução por não haver norma específica a reger a hipótese. Inexistindo razões justificadoras de tratamento diferenciado, deve também ser decenal a prescrição para a repetição de valores indevidamente exigidos a título de serviço telefônico. O engano, para o fim de justificar a repetição em dobro do indébito, é assim considerado quando não decorre de dolo ou culpa na conduta do prestador de serviço (AgRg no REsp 1516814/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 25/08/2015).

Na repetição do indébito de tarifa, de acordo com o CDC/1990, também serão devidos correção monetária e juros legais (art. 42, parágrafo único). Nesse caso, de acordo com a jurisprudência do STJ, os juros são calculados a partir da citação

e a correção monetária será calculada a partir de cada pagamento indevido.

O STJ firmou entendimento no sentido de que, nos casos em que houve repetição de indébito decorrente de majoração da tarifa de energia elétrica, estabelecida pelas Portarias 38/86 e 45/86 do DNAEE, os juros de mora são devidos no percentual de 6% ao ano, a partir da citação; de que não são devidos juros compensatórios; e de que o índice de correção monetária aplicável é o IPC, a partir de cada pagamento indevido (AgRg no REsp 1420956/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015).

Na repetição do indébito tributário, a restituição ao contribuinte vence juros não capitalizáveis a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar (art. 167, parágrafo único) e a correção monetária será calculada a partir do pagamento indevido. Nesse sentido, o STJ:

Na repetição do indébito tributário, os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença¹⁶ (BRASIL, 1997).

Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido (BRASIL, 1996).

Nessa última hipótese, da decisão final que reconhece o crédito do contribuinte, a Fazenda Pública deverá observar, como regra geral, a sistemática dos precatórios delineada no artigo

¹⁶ *STJ 523*. “A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.”

100 da CR/1988¹⁷. É reconhecido ao contribuinte beneficiário do indébito o direito de, ao invés de receber por precatório, optar pela “compensação tributária”, modalidade de extinção do crédito tributário, desde que, nos autos da execução fiscal que se pretenda aproveitar, seja juntada a certidão do trânsito em julgado da sentença.

O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado (BRASIL, 2010b).

“Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação” (REsp 653.181/RS, deste relator). “A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” (REsp 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki). Embargos de divergência conhecidos e providos (EREsp 502.618/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 08/06/2005, DJ 01/07/2005).

Ademais, trata-se de exigência legal, porque o CTN/1966,

¹⁷ CR, “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

a partir da reforma de 2001, determinou ser “[...] vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.” (art. 156, II, art. 170-A) (BRASIL, 1966). Isso ante a evidente necessidade de se assegurar a indisponibilidade do patrimônio público. Por essa razão, há muito, a jurisprudência afasta a possibilidade de *liminares* – tutelas provisórias – para manejar a compensação de créditos tributários, porque tal medida é precária – em procedimento de caráter essencialmente satisfativo – não se presta para afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória (BRASIL, 2005).

Por fim, anote-se que se legitima ao contribuinte o manejo de mandado de segurança para ver *declarado* o seu direito à compensação tributária, desde que preenchidos os requisitos da Lei nº 12.016/2009¹⁸, que, no mesmo sentido, dispõe que “[...] não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários [...]” (art. 7º, § 2º) (BRASIL, 2009a). Doutra banda, o juiz que julgar a ação mandamental não poderá determinar a *convalidação* do procedimento compensatório, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à autoridade administrativa competente. Nesse sentido:

¹⁸ Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (BRASIL, 1998). É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte (BRASIL, 2010a).

A Seção, ao apreciar o REsp como recurso repetitivo (Res. nº. 8/2008-STJ e art. 543-C do CPC), reiterou o entendimento de que, no que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súm. nº. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da condição de credora tributária. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando à declaração de compensabilidade a impetração agrega pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidentes, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. No caso, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos (Precedentes citados: EREsp 116.183-SP, DJ 27/4/1998, e EREsp 903.367-SP, DJe 22/9/2008. REsp 1.111.164-BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/5/2009).

6 Cobranças irregulares: crimes

Por fim, se os prepostos da concessionária Y ou da Fazenda Municipal cobrarem do sujeito X as tarifas e o tributo CIP sabidamente incorretos ou utilizarem, na cobrança, meios vexatórios, configurar-se-á cobrança *irregular* – e não *indevida* –, problema resolvido em ação cível pela ação de repetição de indébito explicada acima.

Nessa última hipótese, as cobranças irregulares margeiam a ilicitude penal, podendo, em tese, os referidos “funcionários” responderem, respectivamente, pelos crimes contra as relações de consumo e contra a ordem tributária, ambos punidos necessariamente a título de *dolo*.

Os prepostos da concessionária Y de energia elétrica que se utilizam, na cobrança da dívida tarifária, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor X, injustificadamente, a ridículo ou interfira em seu trabalho, descanso ou lazer incidem nas penas de detenção, de três meses a um ano, e multa, pelo crime de “*cobrança irregular de dívida de consumo*” do artigo 71 do CDC/1990. Configura-se aqui infração de menor potencial ofensivo e, nos termos da Lei nº 9.099/1995, admite-se a suspensão condicional do processo.

O funcionário da Fazenda Pública municipal, por seu turno, ao exigir o tributo CIP que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza, responderá pelo crime contra ordem

tributária *excesso de exação*, do § 1º do artigo 316 do CP/1940, punido com a pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. Não constitui infração de menor potencial ofensivo, portanto, não se admite a suspensão condicional do processo.

Por outro lado, a cobrança de eventuais multas tributárias não constitui o crime em apreço. Isso porque, em atenção ao princípio da estreita legalidade (art. 5º, XXXIX, CR/1988), é impossível interpretação extensiva do tipo do § 1º do artigo 316 que, sendo norma penal em branco homogênea, deve ser complementado pelo artigo 3º do CTN/1966. Como já decidiu o egrégio STJ, “o delito de excesso de exação não é praticado quando há cobrança de multa por meio de auto de infração, na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo. Referida cobrança, nesses casos, é conduta atípica” (REsp 476.315/DF, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/2/2010).

Pelos mesmos motivos, qualquer outra verba pecuniária remuneratória de serviço público, *verbi gratia* preço público, porque não se define como tributo, afasta o enquadramento da conduta ao crime de excesso de exação. Pode configurar, conforme o caso, outro delito.

É incontroverso que os valores exigidos pelos pacientes não possuem previsão legal, característica que afasta, indubitavelmente, a natureza tributária da cobrança. Na medida em que os valores cobrados não se inserem no conceito de tributo, é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida, tenha o condão de configurar o delito de excesso

de exação, sob pena de violação ao princípio da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver os pacientes pelo delito de excesso de exação (HC 259.971/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 9/4/2013, DJe 16/4/2013).

Nesse crime funcional contra a Administração Fazendária, se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos, a pena será de reclusão, de dois a doze anos, e multa, conforme § 2º do artigo 316 do CP/1940.

Todavia, na hipótese do preposto da concessionária Y de energia elétrica que se apodera do que recebeu indevidamente para recolher aos cofres da empresa, comete ele o crime de apropriação indébita, punido com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aumentada de um terço por ter recebido o bem em razão de emprego, tudo de acordo com o *caput* do artigo 168 e seu § 1º do CP/1940.

Em ambos os casos, não constituem os delitos infrações de menor potencial ofensivo (penas máximas são superiores a dois anos) nem se admite a suspensão condicional do processo (as penas mínimas são superiores a um ano).

7 Conclusão

Tributos e tarifas são verbas pecuniárias utilizadas na remuneração de serviços públicos. Essas receitas orçamentárias

possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, a princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária.

O contribuinte do tributo obriga-se, por força de lei, a remunerar serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. O pagador da tarifa, que é o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os regramentos distintos dessas verbas implicam soluções diversas, inclusive nas hipóteses de repetição do indébito e de cobranças criminosas de tributos e tarifas. Em que pese todas as distinções legais e doutrinárias, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando à sonegação tarifária o mesmo raciocínio aplicado aos casos de sonegação fiscal, no sentido de declarar a extinção da punibilidade, na hipótese de acordo celebrado entre o infrator e a concessionária do serviço público, antes do recebimento da denúncia, para parcelamento dos valores e, destarte, pagamento integral da dívida.

Title: Tax and fare evasion: still the distinction between tax and fare

Abstract: Tax and fare evasion: still the distinction between tax and fare. Taxes and fares are financial grants used for the remuneration of public services. These budgetary revenues have different legal natures, which, in principle, impact in the case of fiscal or fare evasion. The taxpayer is obliged by act of law to remunerate public services, be it either universal or singular and used in an effective or potential manner. This relationship is governed by law in the National Tax Code. The person who pays fares is bound by means of a contract to the singular public

service effectively used and, as a consumer, is supported by the Consumer Protection Code. The different regulations of these funds imply distinct solutions even in the event of repetition of undue payments or in case of criminal tax and fare charges. Despite all the legal and doctrine distinctions, the recent jurisprudence of the Brazilian Supreme Court has been the application to fare evasion the same rationale applied to tax evasion. Hence, the case is dismissed when an agreement between the transgressor and the public service concessionaire is reached to pay off the installments and, therefore, the entire debt, provided that this occurs before the acceptance of the accusation.

Keywords: Law. Fiscal. Criminal. Tax. Fare. Evasion. Jurisprudence.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.172/1966, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 162. *DJ*, Brasília, DF, 10 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='162'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 188. *DJ*, Brasília, DF, 23 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='188'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 212. *DJ*, Brasília, DF, 23 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='212'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 213. *DJ*, Brasília, DF, 2 out. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='213'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 407. *DJe*, Brasília, DF, 24 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='407'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 412. *DJe*, Brasília, DF, 16 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='412'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 460. *DJe*, Brasília, DF, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='460'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 461. *DJe*, Brasília, DF, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='461'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 544. *DJ*, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=544.NUMERO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 545. *DJ*, Brasília, DF, 12 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2346>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

RECIFE. Lei municipal nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991. *Diário Oficial do Recife*, Recife, 27 dez. 1991.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNANDES, Leonardo de Medeiros. Sonegação tributária e tarifária: ainda a distinção entre tributo e tarifa. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 441-480, 2016. Anual.

Submissão: 18/10/2016

Aceite: 24/3/17