

Informativo comentado: Informativo 765-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CIVIL

NEGÓCIOS JURÍDICOS

- É válido o negócio jurídico firmado por Diretor-geral de Clube de Futebol, por aplicação da Teoria da aparência, quando atuar em nome e no interesse do clube, em negócio jurídico que lhe gerou proveito econômico, ainda que não tivesse poderes para representá-lo.

CONTRATOS (LEI PELÉ – LEI 9.615/98)

- O compartilhamento de direitos econômicos relativos a atleta profissional de futebol por meio de cessão civil por entidade de prática desportiva não é vedado pelo ordenamento jurídico.

DIREITOS REAIS (USUCAPIÃO)

- Não configura decisão extra petita a sentença que, reconhecendo a usucapião, determina a liquidação para individualizar a área usucapida, ainda que não haja pedido expresso na inicial.

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

- O tratamento por home care deve abranger todos os insumos que o paciente teria caso estivesse internado no hospital.
- Se não houver, no Município, nenhum hospital credenciado que possa oferecer o tratamento necessário para o usuário do plano de saúde, a operadora deverá custear o serviço em um hospital não credenciado.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CUSTAS PROCESSUAIS

- Se o autor recolheu as custas iniciais em valor insuficiente, o juiz deverá determinar a sua intimação pessoal para complementação; se o autor não fez recolhimento algum das custas iniciais, será suficiente a intimação do advogado para realizar o pagamento.

AÇÃO RESCISÓRIA

- Não possui legitimidade para a propositura da ação rescisória de título judicial condenatório o terceiro, pessoa jurídica distinta daquela que sucedeu a parte ré no processo originário, indevidamente incluído no polo passivo na fase de cumprimento de sentença.

RECURSOS

- Dia do servidor público, segunda-feira de carnaval, quarta-feira de cinzas, quarta e quinta da Paixão e Corpus Christi são considerados feriados locais, para fins de interposição de recurso, devendo ser comprovados por documento idôneo.

EXECUÇÃO

- A suspensão do cumprimento de sentença, em virtude da ausência de bens passíveis de execução, por longo período de tempo, sem diligência por parte do credor, não configura supressão, de modo que não obsta a fluência dos juros e da correção monetária.

DIREITO PENAL

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL > ESTUPRO DE VULNERÁVEL

- *De quem é a competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar?*

DESCAMINHO

- *A majorante prevista no art. 334, § 3º, do CP deve ser aplicada mesmo que o transporte seja feito em um voo regular.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PRISÃO

- *A utilização do próprio filho para a prática de crimes, por se tratar de situação de risco ao menor, obsta a concessão de prisão domiciliar.*

SENTENÇA

- *É possível que o julgador condene criminalmente o réu mesmo quando o Ministério Público pede expressamente a sua absolvição em alegações finais.*

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

- *No processo penal militar, o assistente de acusação possui legitimidade para recorrer da sentença absolutória, ainda que a absolvição tenha sido requerida pelo órgão ministerial*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

- *A multa por rescisão de um contrato de afretamento deve se submeter à alíquota de 15% para fins de Imposto de Renda, nos termos do art. 70 da Lei 9.430/96.*

ITBI

- *Incide ITBI sobre as operações de aquisição de imóveis para o patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário com emissão de novas quotas.*

CONTRIBUIÇÕES

- *É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC 33/2001.*

DIREITO CIVIL

NEGÓCIOS JURÍDICOS

É válido o negócio jurídico firmado por Diretor-geral de Clube de Futebol, por aplicação da Teoria da aparência, quando atuar em nome e no interesse do clube, em negócio jurídico que lhe gerou proveito econômico, ainda que não tivesse poderes para representá-lo

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: a JRC, empresa de gerenciamento de jovens jogadores de futebol, celebrou negócio jurídico com o Cruzeiro por meio do qual a empresa vendeu os direitos econômicos do jogador Bernardo. Esse contrato foi assinado pelo Diretor-geral do Futebol de Base do Clube na época. O ajuste previa que, em caso de futura negociação do atleta, o Cruzeiro deveria pagar 30% do valor líquido do negócio à JRC. Alguns anos depois o Cruzeiro vendeu os direitos

econômicos de Bernardo ao Vasco da Gama, mas não pagou a JRC alegando que o contrato firmado pelo Diretor-Geral não possuía validade jurídica, considerando que o Estatuto estabelece que somente o Presidente do Clube poderia representá-lo jurídica e administrativamente.

O STJ não acolheu o argumento do Clube e afirmou que o negócio jurídico foi válido com base na Teoria da Aparência. Isso porque o signatário, Diretor Geral, atuou em nome e no interesse do clube, em negócio jurídico que lhe gerou proveito econômico.

Além disso, deve ser aplicado no caso a “teoria dos atos próprios”, como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocados latinos “tu quoque” e “venire contra factum proprium”, segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé.

STJ. 3^a Turma. REsp 1.902.410-MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação adaptada:

A JRC é uma empresa de gerenciamento de jogadores de futebol. Essa empresa é proprietária dos direitos econômicos de inúmeros atletas.

A JRC celebrou negócio jurídico (Termo de Compromisso) com o Cruzeiro Esporte Clube por meio do qual a empresa vendeu os direitos econômicos do jogador Bernardo.

Esse contrato foi assinado pelo Diretor-geral do Futebol de Base do Clube na época.

O ajuste previa que, em caso de futura negociação do atleta, o Cruzeiro deveria pagar 30% do valor líquido do negócio à JRC.

Em 2011, o Cruzeiro vendeu os direitos econômicos de Bernardo ao Clube de Regatas Vasco da Gama.

O clube não repassou o percentual devido à JRC.

Diante disso, a JRC propôs ação de cobrança em face do Cruzeiro.

Na contestação, o réu alegou que o contrato firmado pelo Diretor-Geral não possuía validade jurídica, considerando que o Estatuto estabelece que somente o Presidente do Clube poderia representá-lo jurídica e administrativamente.

Após sucessivos recursos, a controvérsia chegou até o STJ. O STJ concordou com o argumento do Clube? O contrato assinado foi considerado inválido?

NÃO.

Como regra, as pessoas jurídicas apenas se obrigam pelos atos de seus administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo. É o que prevê o art. 47 do Código Civil:

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Esse dispositivo legal, contudo, não afasta a Teoria da Aparência, que deve ser aplicada no presente caso. Isso porque o signatário do contrato, Diretor-geral do Futebol de Base, atuou em nome e no interesse do clube, em negócio jurídico que lhe gerou proveito econômico. Nesse sentido, confira o que diz o Enunciado n. 145 da III Jornada de Direito Civil:

Enunciado 145: O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência.

A doutrina também respalda esse entendimento:

“Registre-se que ‘o art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência’ (Enunciado n. 145 da III Jornada de Direito Civil). De fato, afigura-se merecedora de tutela a confiança legítima investida por terceiro diante de circunstâncias objetivas que indiquem que a pessoa que celebra o negócio em nome da pessoa jurídica efetivamente possui poderes para fazê-lo. Nesse caso, a pessoa

jurídica restará vinculada à conduta do administrador aparente, tal qual ocorreria se celebrado por administrador regularmente dotado de poderes" (SCHREIBER, Anderson, et al. *Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência*. Disponível em: STJ Minha Biblioteca. Grupo GEN, 2021).

No presente caso, as circunstâncias objetivas permitem concluir que, se o signatário do Termo de Compromisso não detinha poderes para representar o Cruzeiro Esporte Clube no referido negócio jurídico, ele ao menos os aparentava ter, sendo imperiosa a proteção da legítima confiança gerada na parte contratante.

Com efeito, o Termo de Compromisso não foi assinado por qualquer funcionário do clube, mas pelo próprio Diretor Geral do Futebol de Base, justamente o departamento responsável por jovens atletas, como aquele cujos direitos econômicos estavam sendo negociados.

Razoável, assim, que o instrumento contratual em questão, referente a jovem e promissor talento futebolístico, pudesse ser assinado pelo Diretor-geral do Futebol de Base, especialmente quando o documento parece ter sido confeccionado pelo próprio clube.

Note-se que o Clube sequer impugna o fato de que o signatário exercia, de fato, a função de Diretor Geral do Futebol de Base junto ao Cruzeiro Esporte Clube.

Verifica-se, portanto, que o termo de compromisso em questão foi assinado por funcionário com cargo de direção junto ao Cruzeiro, que atuou em nome e no interesse do clube.

Desse forma, mostra-se perfeitamente aplicável a teoria da aparência.

O Clube suscita, perante terceiros, a nulidade do negócio jurídico por ofensa ao próprio Estatuto Social quando, em verdade, ele próprio acabou por se aproveitar economicamente desse contrato. Isso evidencia um comportamento contraditório e, portanto, contrário à boa-fé objetiva uma vez que se busca impor a terceiro a observância de norma prevista em seu Estatuto Social que foi por ele próprio descumprida, vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa.

Portanto, àquele que deu causa ao vício não é dado invocá-lo para arguir a nulidade do negócio jurídico. Logo, a aplicação da "teoria dos atos próprios", como concreção do princípio da boa-fé objetiva, segundo a qual a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé.

Em suma:

É válido o negócio jurídico firmado por Diretor-geral de Clube de Futebol, por aplicação da Teoria da aparência, quando atuar em nome e no interesse do clube, em negócio jurídico que lhe gerou proveito econômico, ainda que não tenha poderes para representá-lo.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.902.410-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

ODS 16

CONTRATOS (LEI PELÉ – LEI 9.615/98)

O compartilhamento de direitos econômicos relativos a atleta profissional de futebol por meio de cessão civil por entidade de prática desportiva não é vedado pelo ordenamento jurídico

Os direitos econômicos decorrem da obrigatoriedade de se estabelecer cláusula indenizatória nos contratos de trabalho desportivo, podendo tal cláusula ser juridicamente enquadrada como expectativa de direito.

Em princípio, as cláusulas indenizatória e compensatória desportivas são devidas exclusivamente à entidade de prática desportiva ou ao atleta. Ocorre que esses direitos são tratados como expectativa de direitos, podendo ser negociados.

Essa negociação econômica se dará nas hipóteses do art. 28, I, "a", da Lei nº 9.615/98, ou seja, quando houver transferência do atleta durante a vigência do contrato de trabalho desportivo, sendo denominada nesse mercado como "direitos econômicos".

Não há vedação legal à cessão civil desses direitos econômicos.

STJ. 3^a Turma. REsp 1.950.516/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

O jogador de futebol Saulo possuía contrato de trabalho desportivo com o clube "A", com prazo determinado até 14/05/2014, registrado na CBF.

Em 02/08/2012, o clube "A" celebrou com o clube "F" "Instrumento Particular de Cessão Definitiva de Atleta Profissional com Divisão da Participação em Direitos Econômicos". Por meio deste instrumento, o clube "A" cedeu o vínculo desportivo do profissional e a participação de 90% dos direitos econômicos ao clube "F".

No dia 26/08/2013, o clube "A" cedeu a outro clube "C" os 10% de direitos econômicos que ainda tinha em relação ao atleta Saulo.

No dia 01/12/2015, o clube "F" vendeu para um clube do exterior (clube "G") a totalidade dos direitos econômicos do jogador Saulo.

O clube "C" ajuizou ação contra o "F" cobrando 10% sobre essa venda.

O clube "F" argumentou que os direitos econômicos de "C" teriam se encerrado em 14/05/2014, quando estava previsto o fim do prazo do contrato de trabalho desportivo com o clube "A". Segundo argumentou o réu, a partir de tal data, uma nova relação jurídica laboral teria sido constituída, independente da anterior e, por consequência, um novo direito federativo.

A argumentação do clube "F" foi acolhida pelo STJ?

NÃO.

A controvérsia busca definir a diferença entre direitos federativos e direitos econômicos e se o compartilhamento dos direitos econômicos poderia ser feito por meio de cessão civil pela entidade de prática desportiva a terceiro.

Em palavras mais simples, para facilitar a compreensão do julgado, é possível assim diferenciar direitos federativos de direitos econômicos:

"Direito Federativo é o direito do clube em registrar o atleta na Federação (CBF) como vinculado a ele (clube). O Direito Federativo nasce com a celebração do contrato de trabalho entre o clube e o atleta e é acessório ao contrato de trabalho. Assim, uma vez terminado ou rescindido o contrato, extingue-se o direito federativo.

Como se observa, os direitos federativos não podem ser parcialmente cedidos. Os direitos federativos serão sempre 100% do clube no qual o atleta está registrado no momento.

Já os direitos econômicos representam a receita gerada com a transferência do atleta. Eles são decorrentes da cessão onerosa (temporária ou definitiva) do direito federativo.

(...)

Ao contrário dos direitos federativos, os direitos econômicos podem ser parcialmente negociados pelos clubes com terceiros. Por isso, ouvimos hoje em dia que o clube tem x% dos direitos econômicos sobre o atleta, o empresário tem y% e o clube anterior (ou qualquer outro terceiro) tem z%." (SANTORO, Luiz Felipe. Diferenças entre os direitos federativos e econômicos no futebol. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/ultimas/2008/07/29/ult1334u1603.jhtm>)

Agora que você entendeu, em linhas gerais, as diferenças, veja abaixo os fundamentos do voto do Ministro Relator:

Direitos federativos

Os direitos federativos estão relacionados ao vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva, acessório ao vínculo empregatício, e são constituídos com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, como dispõe o art. 28, § 5º, da Lei nº 9.615/98:

Art. 28 (...)

§ 5º O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

- I - com o término da vigência do contrato ou o seu distrato;
- II - com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva;
- III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei;
- IV - com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e
- V - com a dispensa imotivada do atleta.

Os direitos federativos são indivisíveis, embora possam ser transferidos a título oneroso ou gratuito, na última hipótese, como ocorre nos casos de empréstimo de atletas.

Direitos econômicos

Os direitos econômicos decorrem da obrigatoriedade de se estabelecer cláusula indenizatória nos contratos de trabalho desportivo, podendo tal cláusula ser juridicamente enquadrada como expectativa de direito.

Em princípio, as cláusulas indenizatória e compensatória desportivas são devidas exclusivamente à entidade de prática desportiva ou ao atleta. O que ocorre é que esses direitos são tratados nessas operações como expectativa de direitos, em momento antecedente aos requisitos que os constituem como devidos, e que podem ou não ocorrer.

Nesse aspecto, é possível a negociação econômica dessa expectativa de direito. Essa negociação se dará nas hipóteses do art. 28, I, "a", da Lei nº 9.615/98, ou seja, quando houver transferência do atleta durante a vigência do contrato de trabalho desportivo, sendo denominada nesse mercado como "direitos econômicos":

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:

- a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou
- (...)

Os atletas originalmente vinculam-se desportivamente a entidades que realizam sua formação e, com o passar do tempo e o desenvolvimento de seus talentos, a expectativa de que a cláusula indenizatória alcance cifras expressivas torna a expectativa desse direito de recebê-la altamente atrativa aos clubes. Assim, embora os clubes sejam os titulares do direito ao recebimento dos valores previstos na cláusula indenizatória, o mercado desportivo organizou-se de modo a tornar a expectativa desse direito um ativo relevante e negociável.

Como o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora são solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva, conforme § 2º do art. 28 da Lei nº 9.615/98, o interesse em operações dessa natureza decorre exatamente do contexto do mercado envolvido:

Art. 28 (...)

§ 2º São solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva de que trata o inciso I do caput deste artigo o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora.

Na época dos fatos (depois isso mudou), os chamados direitos econômicos eram negociados tanto com clubes como também com investidores e outros interessados, em operações relativas à transferência do vínculo desportivo, mas que tinham por objeto o futuro e incerto recebimento da indenização prevista na cláusula indenizatória, obrigatória por força da lei para essa espécie de contrato de trabalho.

Ainda que atualmente esses negócios só possam ser celebrados entre entidades de prática desportiva, contexto diverso daquele existente na época da operação, o certo é que não há vedação legal à cessão de direitos econômicos.

Portanto, no caso, a cessão de crédito sobre 10% dos direitos econômicos relacionados com a operação, ou seja, o percentual sobre a expectativa do valor que seria recebido a título de cláusula indenizatória em razão da transferência do vínculo desportivo do atleta para o clube estrangeiro continuou hígida, sendo válida e eficaz em relação ao clube recorrente, sem que se possa falar em violação dos arts. 27-B, 27-C e 28, inciso II, da Lei nº 9.615/98:

Art. 27-B. São nulas de pleno direito as cláusulas de contratos firmados entre as entidades de prática desportiva e terceiros, ou entre estes e atletas, que possam intervir ou influenciar nas transferências de atletas ou, ainda, que interfiram no desempenho do atleta ou da entidade de prática desportiva, exceto quando objeto de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 27-C. São nulos de pleno direito os contratos firmados pelo atleta ou por seu representante legal com agente desportivo, pessoa física ou jurídica, bem como as cláusulas contratuais ou de instrumentos procuratórios que:

I - resultem vínculo desportivo;

II - impliquem vinculação ou exigência de receita total ou parcial exclusiva da entidade de prática desportiva, decorrente de transferência nacional ou internacional de atleta, em vista da exclusividade de que trata o inciso I do art. 28;

III - restrinjam a liberdade de trabalho desportivo;

IV - estabeleçam obrigações consideradas abusivas ou desproporcionais;

V - infrinjam os princípios da boa-fé objetiva ou do fim social do contrato; ou

VI - versem sobre o gerenciamento de carreira de atleta em formação com idade inferior a 18 (dezoito) anos.

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

(...)

II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º.

Ao contrário do que sustentou o clube “F”, quando houve a transferência do vínculo desportivo do atleta ao clube “G”, como ainda não havia sido paga a indenização prevista na cláusula indenizatória, não se pode considerar que o vínculo desportivo estivesse dissolvido.

Em suma:

O compartilhamento de direitos econômicos relativos a atleta profissional de futebol por meio de cessão civil por entidade de prática desportiva não é vedado pelo ordenamento jurídico.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.950.516/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

DIREITOS REAIS (USUCAPIÃO)

Não configura decisão extra petita a sentença que, reconhecendo a usucapião, determina a liquidação para individualizar a área usucapida, ainda que não haja pedido expresso na inicial

ODS 16

É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem com condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

No entanto, não há julgamento extra petita quando o julgador reconhece os pedidos implícitos formulados na petição inicial. Assim, o magistrado não se encontra restrito ao que está expresso no capítulo referente aos pedidos, sendo-lhe permitido extrair, mediante interpretação lógico-sistêmica da petição inicial, aquilo que a parte pretende obter, aplicando o princípio da equidade.

Não é extra petita o julgado que decide questão que é reflexo de pedido deduzido na inicial, superando a ideia da absoluta congruência entre o pedido e a sentença para outorgar ao demandante a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

A sentença judicial que, ao reconhecer a usucapião, individualiza, de forma clara e precisa, a área usucapida, pode ser objeto de registro no cartório de registro de imóveis, sem a necessidade de pedido expresso na inicial a respeito da medida extrajudicial.

STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1.802.192-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12/12/2022 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Paulo ajuizou de usucapião em face de Antônio. Ele alegou que Antônio é proprietário, no registro de imóveis, de uma área de 1.000 m². Ocorre que ele, Paulo, é possuidor, há mais de 20 anos, de uma área de 420m² localizada dentro do terreno de Antônio. Logo, pediu o reconhecimento da usucapião em relação a essa área.

O pedido foi julgado procedente e o autor se tornou proprietário de uma parte da área do imóvel, correspondente a 420m². Vale ressaltar que a sentença não especificou/individualizou a localização da área. Houve o trânsito em julgado.

Paulo requereu, então, a instauração de liquidação da sentença por arbitramento (mediante realização de perícia) a fim de que fosse definida a real localização da área de 420m² usucapida da área maior do imóvel objeto do litígio, para posterior registro no cartório competente.

O juiz deferiu o pedido de liquidação. O magistrado afirmou que, não obstante a sentença de usucapião tratar-se de uma sentença declaratória, para o cumprimento do que dispõem os arts. 222, 225 e 226 da Lei nº 6.015/73, faz-se necessário a abertura da fase de liquidação da sentença por arbitramento.

O réu não concordou e interpôs recurso sob o fundamento de que, como Paulo não apresentou, na petição inicial, pedido de liquidação de sentença, a decisão que deferiu essa providência seria *extra petita*.

O STJ concordou com os argumentos do réu? A decisão recorrida foi extra petita?

NÃO.

Princípio da congruência, correlação ou adstrição

Segundo esse princípio, o juiz:

- não poderá conceder algo a mais ou diferente do que foi pedido;

- não poderá fundamentar o veredito em causa de pedir diferente daquela que foi exposta; e
- deverá julgar a demanda em relação a todas as partes da lide, não podendo atingir terceiros que não participaram do processo.

Previsão do princípio da congruência

O princípio da congruência está previsto em dois dispositivos do CPC/2015:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Violação ao princípio da congruência

Quando o juiz viola o princípio da congruência, a decisão, em regra, incidirá em um dos seguintes vícios:

- a) sentença extra petita: ocorre quando a decisão concede algo diferente do que foi pedido pelo autor. Ex: em uma ação em que se pede a declaração de falsidade do documento "X", será extra petita a sentença se o juiz, sem analisar o pedido de declaração de falsidade do documento "X", declarar a falsidade do documento "Y", não pretendida pelo autor (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o princípio da congruência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 270);
- b) sentença ultra petita: ocorre quando a decisão concede além do que foi pedido. "Na sentença ultra petita, o juiz concede ao autor a tutela jurisdicional pedida, o gênero do bem da vida pretendido, mas extrapola a quantidade indicada pelo autor." (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, p. 484). Ex: em uma ação em que se pede a declaração de falsidade do documento "X", será ultra petita a decisão que, além de declarar a falsidade do documento "X", avançar para declarar também a falsidade do documento "Y";
- c) sentença citra petita (infra petita): ocorre quando a decisão "fica aquém do pedido do autor ou deixa de enfrentar e decidir causa de pedir ou alegação de defesa apresentada pelo réu. No aspecto subjetivo é citra petita a decisão que não resolve a demanda para todos os sujeitos processuais" (NEVES, Daniel. ob. cit., p. 485).

Em caso de reconhecimento de pedidos implícitos, não há decisão extra petita

No caso, não houve decisão *extra petita*.

Não há violação dos limites da causa quando o julgador reconhece os pedidos implícitos formulados na petição inicial. Isso porque o juiz não se encontra restrito ao que está expresso no capítulo referente aos pedidos, sendo-lhe permitido extrair da interpretação lógico-sistêmática da petição inicial aquilo que a parte pretende obter, aplicando o princípio da equidade (STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1.823.194/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/2/2022).

Desse modo, para compreender os limites do pedido, é preciso também interpretar a intenção da parte com a instauração da demanda. Assim, não é *extra petita* o julgado que decide questão que é reflexo do pedido deduzido na inicial. Supera-se a ideia da absoluta congruência entre o pedido e a sentença para outorgar a tutela jurisdicional adequada e efetiva à parte, o que se verifica no caso concreto.

Na situação em tela, a liquidação de sentença com a produção de perícia técnica era indispensável para determinar e individualizar a área usucapida do imóvel. Só assim, era possível entregar tutela jurisdicional adequada e efetiva à parte. Isso porque era necessária a expedição do mandado de registro da usucapião para certificar e dar publicidade ao domínio no cartório de registro de imóveis, especialmente porque os arts. 1.238 e 1.241, parágrafo único, do Código Civil estabelecem que a sentença de usucapião servirá de título para o registo no cartório de imóveis:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao

juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

(...)

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Assim, a possibilidade de registro da sentença que reconheceu a usucapião de imóvel (aí incluída a necessária individualização da área usucapida) é reflexo do pedido deduzido na inicial, sendo desnecessário pedido explícito da parte nesse sentido.

Logo, não há falar em julgamento *extra petita*, considerando que o órgão julgador não desrespeitou os limites objetivos da pretensão inicial nem concedeu providência jurisdicional diversa da que fora requerida, em atenção ao princípio da congruência ou adstrição.

Em suma:

Não configura decisão *extra petita* a sentença que, reconhecendo a usucapião, determina a liquidação para individualizar a área usucapida, ainda que não haja pedido expresso na inicial.

STJ. 4^a Turma. AgInt no REsp 1.802.192-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12/12/2022 (Info 765).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

**O tratamento por *home care* deve abranger todos os insumos
que o paciente teria caso estivesse internado no hospital**

Importante!!!

ODS 3 e 10

A cobertura de internação domiciliar, em substituição à internação hospitalar, deve abranger os insumos necessários para garantir a efetiva assistência médica ao beneficiário - insumos a que ele faria jus caso estivesse internado no hospital -, sob pena de desvirtuamento da finalidade do atendimento em domicílio, de comprometimento de seus benefícios e da sua subutilização enquanto tratamento de saúde substitutivo à permanência em hospital.

STJ. 3^a Turma. REsp 2.017.759-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina é tetraplégica e precisa de aparelhos para manter a sua respiração.

Além disso, para se alimentar, ela necessita de uma sonda.

Regina teve uma piora em seu quadro e foi internada no hospital (internação hospitalar).

O médico prescreveu dieta enteral de sistema fechado por meio de bomba de infusão para diminuir os riscos de abdômen distendido. O médico também recomendou que o tratamento fosse feito em residência por meio de internação domiciliar (*home care*).

Foi solicitado então ao plano de saúde a disponibilidade da referida dieta, bem como a equipe de *Home Care*, a cama, colchão, suporte de soro e a bomba de infusão de dieta enteral.

O plano de saúde, contudo, negou todos os pedidos.

Regina ajuizou ação de obrigação de fazer contra o plano de saúde.

O pedido foi julgado parcialmente procedente.

O juiz obrigou o plano de saúde a conceder a alimentação enteral e a respectiva bomba de infusão.

Por outro lado, o magistrado negou o fornecimento de fraldas geriátricas, da cama hospitalar com colchão e dos materiais de uso da enfermagem (luvas, seringas etc.).

A autora recorreu pedindo o fornecimento de todos os materiais que ela teria caso estivesse em internação hospitalar.

O réu, por sua vez, argumentou que “não há qualquer previsão na Lei que imponha o dever das operadoras de planos de saúde em prestar atendimento domiciliar” e que “o home care é uma liberalidade da operadora para pacientes que efetivamente apresentem necessidade do tratamento em regime de internação domiciliar, porquanto não possui cobertura contratual”.

A questão chegou até o STJ. O pedido da autora foi acolhido?

SIM.

Na saúde suplementar, os Serviços de Atenção Domiciliar - SAD, na modalidade de internação domiciliar podem ser oferecidos pelas operadoras como alternativa à internação hospitalar.

Importante registrar que somente o médico assistente do beneficiário poderá determinar se há ou não indicação de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar e a operadora não pode suspender uma internação hospitalar pelo simples pedido de internação domiciliar. Caso a operadora não concorde em oferecer o serviço de internação domiciliar, deverá manter o beneficiário internado até sua alta hospitalar.

Quando a operadora, por sua livre iniciativa ou por previsão contratual, oferecer a internação domiciliar como alternativa à internação hospitalar, o Serviço de Atenção Domiciliar - SAD deverá obedecer às exigências mínimas previstas na Lei nº 9.656/98, para os planos de segmentação hospitalar, em especial o disposto nas alíneas “c”, “d”, “e” e “g”, do inciso II do art. 12 da referida Lei.

Acrescenta-se a isso que, segundo a jurisprudência do STJ:

É abusiva a cláusula contratual que veda a internação domiciliar (*home care*) como alternativa à internação hospitalar.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.107.542/RJ, julgado em 3/10/2022.

No caso concreto, a autora apresentava grave quadro clínico e, conforme determinação médica, era dependente de tratamento domiciliar especializado.

Tendo sido reconhecido, por meio de laudo médico, a necessidade da internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, a operadora do plano de saúde deverá fornecer o tratamento em home care, nos termos do que determinam o art. 13 da Resolução Normativa 465/2021 e as alíneas “c”, “d”, “e” e “g” do inciso II do art. 12 da Lei nº 9.656/98:

Art. 13. Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e nas alíneas "c", "d", "e" e "g" do inciso II do art. 12 da Lei n.º 9.656, de 1998.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

(...)

II - quando incluir internação hospitalar:

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

- d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;
- e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e
- (...)
- g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar;

Desse modo, a cobertura de internação domiciliar, em substituição à internação hospitalar, deve abranger os insumos necessários para garantir a efetiva assistência médica ao beneficiário; ou seja, aqueles insumos a que ele faria jus caso estivesse internado no hospital, sob pena de desvirtuamento da finalidade do atendimento em domicílio, de comprometimento de seus benefícios, e da sua subutilização enquanto tratamento de saúde substitutivo à permanência em hospital.

Vale ressaltar, inclusive, que o atendimento domiciliar insuficiente acarretará, ao fim e ao cabo, uma piora na condição de saúde da paciente, fazendo com que sejam necessárias novas internações hospitalares, as quais obrigarão a operadora, inevitavelmente, ao custeio integral de todos os procedimentos e eventos delas decorrentes.

Em suma:

A cobertura de internação domiciliar, em substituição à internação hospitalar, deve abranger os insumos necessários para garantir a efetiva assistência médica ao beneficiário - insumos a que ele faria jus caso estivesse internado no hospital -, sob pena de desvirtuamento da finalidade do atendimento em domicílio, de comprometimento de seus benefícios e da sua subutilização enquanto tratamento de saúde substitutivo à permanência em hospital.

STJ. 3^a Turma. REsp 2.017.759-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

Diante disso, o STJ determinou que o plano de saúde deveria custear os insumos indispensáveis ao tratamento de saúde da autora – idosa, acometida de tetraplegia, apresentando grave quadro clínico, com dependência de tratamento domiciliar especializado – na modalidade de *home care*, conforme a prescrição feita pelo médico assistente, limitado o custo do atendimento domiciliar por dia ao custo diário em hospital.

PLANO DE SAÚDE

Se não houver, no Município, nenhum hospital credenciado que possa oferecer o tratamento necessário para o usuário do plano de saúde, a operadora deverá custear o serviço em um hospital não credenciado

Importante!!!

ODS 16

Plano de saúde tem o dever de reembolsar as despesas médico-hospitalares realizadas por beneficiário fora da rede credenciada na hipótese em que descumpe o dever de garantir o atendimento no mesmo município, ainda que por prestador não integrante da rede assistencial.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.842.475/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 27/9/2022 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina, residente em São Bernardo do Campo (SP), cliente do plano de saúde X, foi diagnosticada com câncer.

Ao tentar fazer o tratamento quimioterápico foi informada que o plano de saúde havia cancelado os contratos de credenciamento com todos os hospitais da cidade. Em outras palavras, não existiam mais hospitais credenciados ao plano em São Bernardo do Campo (SP).

Regina procurou o plano de saúde que orientou que ela se deslocasse à São Paulo (SP) para ali realizar o tratamento. Foi a única alternativa dada pela operadora. Ocorre que isso seria muito custoso e sacrificante para ela.

Diante desse cenário, Regina ajuizou ação de obrigação de fazer contra o plano de saúde pedindo para que ela fosse autorizada a realizar o tratamento em um hospital não credenciado no seu Município e que o plano de saúde fosse condenado a reembolsar integralmente os custos que ela tivesse.

Após tramitar nas instâncias ordinárias, o pedido de Regina foi aceito pelo STJ?

SIM.

A Resolução Normativa nº 259/2011, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), prevê que não for possível oferecer o serviço na rede credenciada, a operadora deverá garantir o atendimento, preferencialmente, no âmbito do mesmo município, ainda que por prestador não integrante da rede credenciada do plano de saúde, cujo pagamento se dará mediante acordo entre as partes (operadora do plano e prestador). Confira:

Da Ausência ou Inexistência de Prestador Credenciado no Município

Art. 4º Na hipótese de ausência ou inexistência de prestador credenciado, que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o atendimento em prestador não credenciado no mesmo município.

§ 1º O pagamento do serviço ou procedimento será realizado diretamente pela operadora ao prestador não credenciado, mediante acordo entre as partes.

§ 2º Na impossibilidade de acordo entre a operadora e o prestador não credenciado, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até o prestador credenciado para o atendimento, independentemente de sua localização, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º se aplica ao serviço de urgência e emergência, sem necessidade de autorização prévia.

Assim, somente em caso de inexistência de qualquer prestador no Município (credenciado, ou não), é que será devido o atendimento em município limítrofe.

Logo, no caso concreto, o plano de saúde X deveria ter oferecido custear a quimioterapia em um hospital, não credenciado, de São Bernardo do Campo (SP). Se não existisse nenhum hospital que oferecesse esse serviço na localidade, aí sim, é que a orientação seria para procurar um Município limítrofe.

Ressalte-se, que, nessas hipóteses, a operadora tem a obrigação, ainda, de custear o transporte do beneficiário (ida e volta) e se, por qualquer motivo, descumprir a garantia de atendimento, incidirá o disposto no art. 9º, que prevê reembolso integral:

Art. 9º Se o beneficiário for obrigado a pagar os custos do atendimento, na hipótese de descumprimento do disposto nos arts. 4º, 5º ou 6º, a operadora deverá reembolsá-lo integralmente no prazo de até 30 (trinta) dias, contado da data da solicitação de reembolso, inclusive as despesas com transporte.

Parágrafo único. Para os produtos que prevejam a disponibilidade de rede credenciada mais a opção por acesso a livre escolha de prestadores e não ocorrendo as hipóteses de que tratam os arts. 4º, 5º ou 6º, o reembolso será efetuado nos limites do estabelecido contratualmente, caso o beneficiário opte por atendimento em estabelecimentos de saúde não participantes da rede assistencial.

Seja em razão da primazia do atendimento no município pertencente à área geográfica de abrangência, ainda que por prestador não integrante da rede credenciada, seja em virtude da não indicação, pela operadora, de prestador junto ao qual tenha firmado acordo, bem como diante da impossibilidade de a parte autora se locomover a município limítrofe, afigura-se devido o reembolso integral das despesas realizadas, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da solicitação de reembolso, conforme previsão expressa do art. 9º da RN n. 259/11 da ANS.

Em suma:

Plano de saúde tem o dever de reembolsar as despesas médico-hospitalares realizadas por beneficiário fora da rede credenciada na hipótese em que descumpre o dever de garantir o atendimento no mesmo município, ainda que por prestador não integrante da rede assistencial.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.842.475/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 27/9/2022 (Info 765).

DOD Plus – precedente que norteia o STJ nesses casos:

Apenas em situações excepcionais é que o plano de saúde será obrigado a reembolsar o usuário por despesas realizadas fora da rede credenciada

O plano de saúde somente é obrigado a reembolsar as despesas que o usuário teve com tratamento ou atendimento fora da rede credenciada em hipóteses excepcionais, como por exemplo, em casos de:

- inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local; e
- urgência ou emergência do procedimento.

STJ. 2ª Seção. EAREsp 1459849/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/10/2020 (Info 684).

PRÁTICAS COMERCIAIS

É lícita a peça publicitária em que o fabricante ou o prestador de serviço se autoavalia como o melhor naquilo que faz, prática caracterizada como *puffing*

ODS 16

Caso concreto: STJ considerou lícita a propaganda veiculada pela Heinz, que afirmava: “Heinz, melhor em tudo o que faz”.

A expressão utilizada impugnada, utilizada pela empresa como *claim*, caracteriza-se como *puffing*, ou seja, é recurso que utiliza o exagero publicitário como método de convencimento dos consumidores.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.759.745-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A Heinz, conhecida marca de ketchup e maionese, veiculou anúncio publicitário que dizia que o seu produto é o “ketchup mais consumido do mundo”. Além disso, a propaganda afirmava: “Heinz, melhor em tudo o que faz”.

A empresa Unilever Brasil Ltda, proprietária do também muito conhecido Ketchup Hellmann’s, ingressou com uma reclamação contra a Heinz no Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR),

alegando que a sua concorrente infringiu o Código de Ética do CONAR, o Código de Defesa do consumidor e a Lei de Propriedade Intelectual, ao afirmar em suas peças publicitárias que os produtos Heinz são superiores ao da concorrência.

Abrindo um parêntese: CONAR

O CONAR é uma organização da sociedade civil constituída por representantes de setores ligados à propaganda e publicidade, tais como: agências de publicidade, anunciantes, jornais, revistas, emissoras de rádio e TV.

O CONAR possui um Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que não é lei (trata-se de um ato interno do CONAR), mas que, apesar disso, é fonte do Direito classificada como “costume” (art. 4º da LINDB).

As agências de publicidade e os órgãos de imprensa respeitam fielmente o Código de Autorregulamentação e, se determinado tipo de propaganda é proibida pelo CONAR, pode ter certeza que nem a agência irá aceitar veicular e, muito menos, a TV, rádio ou jornal.

Exemplo: após o anúncio de cervejas, aparece a frase “beba com moderação”. Essa imposição não consta em nenhuma lei. É uma restrição fixada pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR e que é rigorosamente cumprida pelos *players* do mercado.

Voltando ao caso concreto:

O CONAR concedeu medida liminar determinando que a Heinz não fizesse uso das expressões impugnadas em seus anúncios publicitários.

A Heinz não se conformou com a decisão e ingressou com ação contra a Unilever Brasil Ltda. (não ajuizou contra o CONAR) alegando, dentre outros argumentos, que a propaganda não violou o Código de Ética do CONAR, o CDC ou a Lei de Propriedade Industrial considerando que, conforme os estudos e pesquisas oficiais, a Heinz seria líder mundial na comercialização de ketchup.

Sentença

O juiz julgou o pedido parcialmente procedente para:

- declarar a inexistência de afronta ao Código Brasileiro de Autorregulamentação, ao CDC, e à Lei nº 9.279/96 pela utilização das frases;
- determinar que a Heinz insira nos comerciais a fonte da pesquisa que atesta a liderança do seu ketchup no mercado para que ela possa utilizar a frase “o ketchup mais consumido do mundo”.

As duas empresas apelaram.

Acórdão do TJ/SP

O TJ/SP deu parcial provimento ao recurso da autora (Heinz) e negou provimento ao recurso da ré (Unilever).

O TJ/SP disse que a Heinz nem precisava colocar a fonte da pesquisa em seus comerciais.

Para o Tribunal, a Heinz utilizou o recurso denominado *puffing*, ou seja, o exagero publicitário aceito no ordenamento jurídico, que não acarreta demérito às marcas concorrentes.

Afirmou que a ré também se utiliza do mesmo recurso na promoção de seus produtos.

Concluiu que, diante da ausência de ilícito por parte da Heinz, torna-se desnecessária a inserção da fonte de pesquisa em seus anúncios, afastando-se a multa diária.

Recurso especial da Unilever

A ré (Unilever) interpôs recurso especial pedindo que:

- fosse restabelecido o comando contido na sentença no sentido de que a Heinz inserisse em seus comerciais a fonte da pesquisa que apontaria a sua suposta superioridade no mercado;
- que fosse reconhecida a ilicitude do *claim* “MELHOR EM TUDO O QUE FAZ”.

Obs: claim é o argumento relacionado aos benefícios que os serviços ou produtos daquela empresa oferece. É a promessa feita para diferenciar o produto ou serviço que está sendo anunciado dos seus concorrentes (<https://www.exactsales.com.br/entenda-o-claim-do-seu-produto/>).

O STJ deu provimento ao recurso especial?

NÃO.

A expressão utilizada (“Melhor em tudo o que faz”), utilizada pela empresa como *claim*, caracteriza-se como *puffing*, ou seja, é recurso que utiliza o exagero publicitário como método de convencimento dos consumidores.

Sobre o tema, Rizzato Nunes aponta que:

“(...) haverá muitos casos em que o puffing, ainda que utilizado intencionalmente para atrair o consumidor incauto, acaba não podendo ser capaz de tornar enganoso o anúncio. Isso é muito comum nos casos dos aspectos subjetivos típicos dos produtos ou serviços: quando se diz que é o ‘mais gostoso’; tenha ‘o melhor paladar’; ‘o melhor sabor’; ‘o lugar mais aconchegante’; ‘o mais acolhedor’; ‘a melhor comédia’; ‘o filme do ano’; etc. Como tais afirmações dependem de uma avaliação crítica (ou não) subjetiva de cada consumidor, fica difícil, senão impossível, atribuir de fato a possibilidade da prova da verdade da afirmação. Afinal, gosto é difícil de discutir” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 2014).

No caso, de acordo com o exposto nas razões do recurso especial, as peças publicitárias dariam a entender que o produto da Heinz seria melhor do que outros em relação aos atributos cor, consistência e sabor, e, por esse motivo, teria ocorrido propaganda enganosa, bem como concorrência desleal capazes de violar, respectivamente, o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 195 da Lei da Propriedade Industrial.

Contudo, não é razoável proibir o fabricante ou prestador de serviço de se autopropor o melhor naquilo que faz, especialmente porque essa é a autoavaliação do seu produto e a meta a ser alcançada, ainda mais quando não há nenhuma mensagem depreciativa no tocante aos seus concorrentes.

Além disso, para o STJ, a empresa concorrente, em sua argumentação, realiza uma excessiva infantilização do consumidor médio brasileiro, como se a partir de determinada peça publicitária tudo fosse levado ao pé da letra, ignorando a relevância das preferências pessoais, bem como a análise subjetiva de custo-benefício.

Percebe-se, desse modo, que os exemplos indicados pela doutrina como de *puffing* se amoldam perfeitamente à hipótese sub judice, qual seja, uma afirmação exagerada que depende de uma avaliação crítica subjetiva para averiguação, não sendo possível mensuração objetiva.

Nesse sentido, caso se considere existir conteúdo comparativo na expressão entre o produto de uma empresa e os demais da mesma espécie oferecidos no mercado, o entendimento do STJ firmou-se no sentido de admitir a publicidade comparativa, desde que obedeça ao princípio da veracidade das informações, seja objetiva e não abusiva. A propaganda ilegal é aquela que induz em erro o consumidor, causando confusão entre as marcas, ocorrendo de maneira a depreciar a marca do concorrente, com o consequente desvio de sua clientela, prestando informações falsas e não objetivas (REsp 1.377.911/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 19/12/2014).

Não há, na expressão veiculada nas propagandas comerciais, nenhuma depreciação aos produtos de suas concorrentes, apenas exortação ao seu próprio, o que não é vedado pela legislação brasileira.

Portanto, é lícita a utilização da frase “Melhor em tudo o que faz”.

Em suma:

É lícita a peça publicitária em que o fabricante ou o prestador de serviço se autoavalia como o melhor naquilo que faz, prática caracterizada como *puffing*.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.759.745-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

(Promotor MP/PI 2012 CESPE) Em regra, os exageros (puffing), em razão do princípio da vinculação contratual da oferta, obrigam os fornecedores, mesmo que não guardem a característica da precisão. (errada)

(Defensor Público - RO/2012 CESPE)

Com relação à veiculação de publicidade, o CDC veda, expressamente,

A) a propaganda promocional.

B) a propaganda subliminar.

C) o merchandising.

D) o puffing.

E) o teaser.

Gabarito: Letra B.

DOD PLUS – JULGADO CORRELATO

A propaganda comparativa é forma de publicidade na qual se compara, explícita ou implicitamente, produtos ou serviços concorrentes, a fim de conquistar a escolha do consumidor.

Em nosso país, não há lei definindo o que seja publicidade comparativa.

A doutrina e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR afirmam que a publicidade comparativa, em regra, é permitida, desde que não viole alguns princípios.

Segundo decidiu o STJ, é lícita a propaganda comparativa entre produtos alimentícios de marcas distintas e de preços próximos no caso em que:

- a) a comparação tenha por objetivo principal o esclarecimento do consumidor;
- b) as informações vinculadas sejam verdadeiras, objetivas, não induzam o consumidor a erro, não depreciem o produto ou a marca, tampouco sejam abusivas (art. 37, § 2º, do CDC); e
- c) os produtos e marcas comparados não sejam passíveis de confusão.

A publicidade comparativa não é vedada pelo CDC, desde que obedeça ao princípio da veracidade das informações, seja objetiva e não abusiva.

De igual forma, em regra, a propaganda comparativa não é proibida pela Lei 9.279/96 (LPI). Para que a propaganda comparativa viole o direito marcário do concorrente, as marcas devem ser passíveis de confusão ou a menção à marca do concorrente deve ser feita de forma depreciativa, acarretando a degradação (desgaste do outro produto) e o consequente desvio de clientela.

STJ. 4ª Turma. REsp 1377911-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/10/2014 (Info 550).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL**CUSTAS PROCESSUAIS**

Se o autor recolheu as custas iniciais em valor insuficiente, o juiz deverá determinar a sua intimação pessoal para complementação; se o autor não fez recolhimento algum das custas iniciais, será suficiente a intimação do advogado para realizar o pagamento

Compare com o Info 762-STJ

- Em caso de ausência total de recolhimento das custas, o autor deve ser intimado, por meio do seu advogado, para realizar o pagamento, no prazo de 15 dias, sob pena de cancelamento da distribuição. Aplica-se o art. 290 do CPC;
- Na hipótese de pagamento parcial das custas, deverá haver a intimação pessoal do autor (não basta a intimação por advogado) para complementar o valor, no prazo de 5 dias, sob pena disso caracterizar abandono da causa (art. 485, III e § 1º, do CPC). Não se aplica o art. 290 do CPC.

A intimação pessoal do autor da ação é obrigatória para a complementação das custas iniciais, restringindo-se à aplicação do cancelamento de distribuição estabelecida no art. 290 do CPC às hipóteses em que não é feito recolhimento algum de custas processuais.

STJ. 2^a Turma. ARESp 2.020.222-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28/3/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa Alfa Ltda ajuizou ação cobrando R\$ 1 milhão do Estado do Rio de Janeiro.

A autora recolheu as custas iniciais.

A serventia judicial identificou que o valor pago foi insuficiente e, em razão disso, o juiz proferiu despacho determinado que a autora complementasse o valor, no prazo de 15 dias, sob pena de cancelamento da distribuição. O magistrado invocou, no despacho, o art. 290 do CPC, que diz:

Art. 290. Será cancelada a distribuição do feito se a parte, intimada na pessoa de seu advogado, não realizar o pagamento das custas e despesas de ingresso em 15 (quinze) dias.

Desse modo, a empresa foi intimada desse despacho na pessoa de seu advogado. Não foi, portanto, uma intimação pessoal da autora (por meio de oficial de justiça).

Como a autora não realizou a complementação das custas iniciais, o juiz proferiu sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito nos seguintes termos:

“Em face do exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO, sem resolução de mérito, na forma do art. 485, X do CPC/2015, CANCELANDO A DISTRIBUIÇÃO, de acordo com o estabelecido no art. 290 do CPC/2015.

Oficie-se à Distribuição.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais.

Considerando que não houve citação da parte ré, sem honorários.”

A autora recorreu alegando que:

- em caso de ausência total de recolhimento das custas, aplica-se o art. 290 do CPC, exigindo-se a intimação da parte autora, por meio do advogado, para realizar o pagamento, sob pena de cancelamento da distribuição;
- na hipótese de pagamento parcial das custas, deverá haver a intimação pessoal da parte autora para complementar o valor, no prazo de 5 dias, sob pena disso caracterizar abandono da causa (art. 485, III e § 1º, do CPC).

A questão chegou até o STJ. Os argumentos da autora foram acolhidos?

SIM.

Por se tratar de ausência de complementação das custas iniciais, a hipótese não se enquadra no art. 290 do CPC, que estabelece o prazo de 15 dias para o pagamento das custas e despesas após a intimação da parte autora na pessoa de seu advogado, sob pena de cancelamento da distribuição do feito.

O presente caso se amolda à hipótese de abandono da causa por falta de promoção de atos ou diligências próprias do autor do feito, devendo ser aplicada a previsão do § 1º do art. 485 do CPC, que prevê a intimação pessoal para oportunizar a regularização no prazo de 5 dias:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

(...)

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

A intimação pessoal do autor da ação é obrigatória para a complementação das custas iniciais, restringindo-se à aplicação do cancelamento de distribuição estabelecida no art. 290 do CPC às hipóteses em que não é feito recolhimento algum de custas processuais.

STJ. 2^a Turma. AREsp 2.020.222-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28/3/2023 (Info 765).

No mesmo sentido:

(...) A jurisprudência do STJ é no sentido de que a intimação pessoal do autor da ação é obrigatória para a complementação das custas iniciais, restringindo-se a aplicação da regra estabelecida no art. 290 do CPC/2015, correspondente ao art. 257 do CPC/1973, às hipóteses em que não é feito recolhimento algum de custas processuais. (...)

STJ. 3^a Turma. AgInt no REsp 1.885.987/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/6/2021.

(...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a intimação pessoal do autor da ação é exigência apenas para a complementação das custas iniciais, de modo que, em relação às custas iniciais (em que não é feito recolhimento algum de custas processuais), aplica-se a regra estabelecida no art. 290 do CPC/2015 (correspondente ao art. 257 do CPC/1973). (...)

STJ. 4^a Turma. AgInt no REsp 1.842.026/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/11/2021.

AÇÃO RESCISÓRIA

Não possui legitimidade para a propositura da ação rescisória de título judicial condenatório o terceiro, pessoa jurídica distinta daquela que sucedeu a parte ré no processo originário, indevidamente incluído no polo passivo na fase de cumprimento de sentença

ODS 16

Situação adaptada: João ajuizou ação de indenização contra o Banco do Estado do Ceará (BEC). O juiz julgou os pedidos procedentes. Houve o trânsito em julgado. João iniciou o cumprimento de sentença contra o Banco Bradesco, tendo em vista que o Banco do Estado do Ceará foi extinto e João afirmou, na petição da execução, que o seu sucessor foi o Bradesco.

O Banco Bradesco ajuizou ação rescisória perante o TJ, objetivando a desconstituição da condenação dos honorários. Ao ser citado na ação rescisória, João suscitou a ilegitimidade ativa do Banco Bradesco para propor a ação. Afirmou que o documento emitido pelo Banco Central indica que houve incorporação do Banco do Estado do Ceará por Alvorada Cartões, Crédito, Financiamento e Investimento S/A. Afirmou, ainda, que, embora de forma equivocada, agiu de boa-fé ao direcionar a execução contra o Bradesco porque “foi induzido a erro por uma notícia divulgada na internet no sentido de que o Bradesco seria o sucessor do BEC”.

O STJ reconheceu a ilegitimidade ativa do Bradesco e extinguíu a ação rescisória.

A legitimidade para a propositura da ação rescisória não pode ser definida a partir da constatação de quem está respondendo, ainda que indevidamente, ao pedido de cumprimento de sentença, senão pela averiguação de quem é diretamente alcançado pelos efeitos da coisa julgada.

No caso, o fato de ter sido apresentado pedido de cumprimento de sentença contra Banco Bradesco S.A. não serve ao propósito de lhe conferir legitimidade para a propositura da ação rescisória, nem sequer sob a condição de terceiro interessado, tendo em vista que o interesse capaz de conferir legitimidade ativa ao terceiro é apenas o jurídico, e não o meramente econômico.

STJ. 3^a Turma. REsp 1.844.690-CE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação adaptada:

João figurou como avalista de uma Cédula de Crédito Comercial firmada pela empresa Alfa com o Banco do Estado do Ceará.

Ocorre que a inclusão do nome de João como avalista foi indevida, não tendo ele assinado qualquer documento já que não tinha relação com essa obrigação ou com a empresa.

Diante disso, João ajuizou ação anulatória cumulada com perdas e danos contra o Banco do Estado do Ceará (BEC).

O juiz julgou os pedidos procedentes e condenou o réu a pagar 10% de honorários advocatícios sobre o valor da causa.

Após alguns recursos denegados, houve o trânsito em julgado em 11/09/2012.

João iniciou o cumprimento de sentença cobrando R\$ 800 mil, sendo que R\$ 700 mil eram apenas de honorários advocatícios (10% sobre o valor da causa, conforme constou no título executivo).

Vale ressaltar agora um aspecto muito importante. O cumprimento de sentença foi promovido contra o Banco Bradesco, tendo em vista que o Banco do Estado do Ceará foi extinto e João afirmou, na petição da execução, que o seu sucessor foi o Bradesco.

Bradesco ajuizou ação rescisória e João alegou que, na verdade, ele não era o sucessor do BEC

O Banco Bradesco não concordou com esse valor de honorários, por entender que ele seria estratosférico e incompatível com as regras do art. 85 do CPC.

Por essa razão, o Banco Bradesco propôs ação rescisória perante o TJ/CE, objetivando a desconstituição da condenação dos honorários. O Banco afirmou que a sentença transitada em julgado violou o art. 485, V, do CPC, porque os honorários deveriam ser fixados de acordo com o valor da condenação, e não sobre o valor da causa.

Ao ser citado na ação rescisória, João suscitou a ilegitimidade ativa do Banco Bradesco para propor a ação. Afirmou que o único documento juntado aos autos, emitido pelo Banco Central, indica que houve incorporação do Banco do Estado do Ceará por Alvorada Cartões, Crédito, Financiamento e Investimento S/A.

Afirmou, ainda, que, embora de forma equivocada, agiu de boa-fé ao direcionar a execução contra o Bradesco porque “foi induzido a erro por uma notícia divulgada na internet no sentido de que o Bradesco seria o sucessor do BEC”.

A preliminar de ilegitimidade ativa foi afastada pelo TJ/CE.

João interpôs então recurso especial insistindo na tese de que o Bradesco seria parte ilegítima.

O STJ concordou com os argumentos de João (recorrente)? O Bradesco era parte ilegítima para a ação rescisória?

SIM.

Conforme informação do Banco Central, o Banco BEC foi incorporado por Alvorada Cartões, Crédito, Financiamento e Investimento S/A.

O Banco Bradesco estava no polo passivo da execução por indicação do exequente. Poder-se-ia cogitar que o exequente, ao invocar a ilegitimidade do Banco na ação rescisória estaria ofendendo o princípio da boa-fé objetiva, na dimensão *venire contra factum proprium*, ao assumir uma postura contraditória.

No entanto, a legitimidade para a propositura da ação rescisória não pode ser definida a partir da constatação de quem está respondendo, ainda que indevidamente, ao pedido de cumprimento de sentença, senão pela averiguação de quem foi diretamente alcançado pelos efeitos da coisa julgada formada na decisão rescindenda, ou seja, quem integrava a relação jurídico-processual na demanda originária da qual resultou o título judicial que se busca rescindir.

O art. 967 do CPC prevê quem são os legitimados para a propositura de ação rescisória:

Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

- I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;
- II - o terceiro juridicamente interessado;

III - o Ministério Público:

- a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;
- b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei;
- c) em outros casos em que se imponha sua atuação;

IV - aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178 , o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

A esse respeito, são esclarecedoras as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

“(...) Qualquer parte do processo originário pode propor ação rescisória (...) O que interessa para a configuração da situação legitimante para a ação rescisória é que a coisa julgada alcance a parte, com o que é imprescindível que se encontre presente no momento que a decisão rescindenda foi proferida, salvo expressa exceção legal (...)”

No caso de sucessão a título universal ou singular ocorrida no curso do processo ou posteriormente ao seu encerramento, o sucessor tem legitimidade para pleitear a rescisão da decisão. (...)

Pode igualmente propô-la, como acrescenta o inciso II do art. 967, CPC, 'o terceiro juridicamente interessado'. (Ação rescisória [livro eletrônico]: do juízo rescindente ao juízo rescisório, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021)

O fato de ter sido apresentado o pedido de cumprimento de sentença contra pessoa jurídica distinta daquela que sucedeu a parte ré no processo originário –matéria que, ressalvada eventual preclusão, poderá ser deduzida nos autos do pedido de cumprimento de sentença – não serve ao propósito de conferir legitimidade ao executado (Bradesco) para a propositura da presente ação rescisória, nem sequer sob a condição de terceiro interessado, tendo em vista que o interesse capaz de conferir legitimidade ativa ao terceiro é apenas o jurídico, e não o meramente econômico.

O Alvorada – verdadeiro sucessor – integra o mesmo grupo econômico do Bradesco. Isso é suficiente para que o Bradesco tenha legitimidade para propor a ação rescisória?

NÃO.

O fato de integrar o mesmo conglomerado econômico de Alvorada Cartões, Crédito, Financiamento E Investimento S.A., verdadeira sucessora de quem era parte no processo originário (Banco do Estado do Ceará - BEC), também não confere ao Banco Bradesco S.A. legitimidade para a propositura da presente ação rescisória, visto que o seu interesse, na hipótese, é meramente econômico.

Trata-se, a rigor, de pessoas jurídicas distintas, embora pertencentes ao mesmo grupo financeiro, de modo que o eventual redirecionamento da execução somente seria possível pela via da desconsideração da personalidade jurídica, observados os requisitos do art. 50 do Código Civil.

Em suma:

Não possui legitimidade para a propositura da ação rescisória de título judicial condenatório o terceiro, pessoa jurídica distinta daquela que sucedeu a parte ré no processo originário, indevidamente incluído no polo passivo na fase de cumprimento de sentença.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.844.690-CE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

RECURSOS

Dia do servidor público, segunda-feira de carnaval, quarta-feira de cinzas, quarta e quinta da Paixão e Corpus Christi são considerados feriados locais, para fins de interposição de recurso, devendo ser comprovados por documento idôneo

Importante!!!

ODS 16

O dia do servidor público (28 de outubro), a segunda-feira de carnaval, a quarta-feira de Cinzas, os dias que precedem a sexta-feira da Paixão e, também, o dia de *Corpus Christi* não são feriados nacionais, em razão de não haver previsão em lei federal, de modo que deve a parte comprovar a suspensão do expediente forense quando da interposição do recurso, por documento idôneo.

Os recursos interpostos na instância de origem, mesmo que endereçados a esta Corte Superior, observam o calendário de funcionamento do tribunal local, não podendo se utilizar, para todos os casos, dos feriados e das suspensões previstas em Portaria e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que muitas vezes não coincidem com os da Justiça estadual.

STJ. 3^a Turma. AgInt nos EDcl no REsp 2.006.859-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ajuizou ação contra Pedro, tendo o pedido sido julgado improcedente.

O autor interpôs apelação, mas o Tribunal de Justiça manteve a sentença.

Ainda inconformado, João interpôs recurso especial contra o acórdão do TJ.

O prazo para interpor recurso especial é de 15 dias úteis.

João interpôs o recurso especial no último dia do prazo.

Na conferência para verificar se João interpôs o recurso tempestivamente, pode-se cair em uma armadilha e achar que ele perdeu o prazo. Isso porque no período entre a intimação do acórdão e a interposição do recurso, um dos dias foi Corpus Christi, que é um feriado (ou seja, dia não útil).

Assim, se a pessoa que está conferindo a tempestividade não desconsiderar esse dia, achará que João perdeu o prazo e que interpôs o REsp no 16º dia útil. No entanto, conforme expliquei, um desses dias era feriado (Corpus Christi) e, dessa forma, esse dia tem que ser excluído da contagem do prazo.

Repetindo: tirando sábados e domingos, João interpôs o recurso no 16º dia. Ocorre que um desses dias foi feriado de Corpus Christi. Logo, esse dia tem que ser excluído da contagem (porque não é dia útil). Isso significa que João interpôs o recurso no 15º dia útil e, portanto, o REsp é tempestivo.

O que aconteceu, no caso concreto?

A Presidência do STJ entendeu que o recurso especial seria intempestivo.

O problema foi justamente o feriado.

O Ministro afirmou que João não comprovou, de maneira adequada, no momento de interposição, a ocorrência do feriado de Corpus Christi. O Ministro utilizou, como fundamento, para a sua decisão, o art. 1.003, § 6º do CPC, que diz:

Art. 1.003 (...)

§ 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.

João não se conformou e interpôs agravo interno invocando três fundamentos:

1º) Corpus Christi não é um feriado local, mas sim nacional. O art. 1.003, § 6º somente exige a comprovação dos feriados locais;

2º) mesmo assim, eu comprovei que era feriado juntando cópia do calendário do Tribunal de Justiça (que está disponível na internet) e no qual consta que no dia xx foi feriado de Corpus Christi;

3º) ainda que Vossas Excelências não aceitem os dois outros argumentos, existe um terceiro para que o recurso especial seja considerado tempestivo: nesse dia (Corpus Christi), não houve expediente forense no STJ. Por intermédio da Portaria nº XXX, de 2020, o Presidente do STJ determinou a suspensão dos prazos processuais no âmbito do STJ no dia de Corpus Christi. Portanto, tendo havido a suspensão de prazo processual pelo próprio STJ, eu (João) não precisava ter comprovado esse feriado, mesmo que ele seja considerado feriado local.

Os argumentos de João foram acolhidos pelo STJ?

NÃO.

1º) Corpus Christi é considerado feriado local

De acordo com a jurisprudência do STJ, o dia de Corpus Christi é feriado local, considerando que não está previsto em lei federal. Por essa razão, a ausência de expediente forense no dia de Corpus Christi deve ser comprovada pela parte recorrente, no momento da interposição do recurso, por meio de documento idôneo.

STJ. 4ª Turma. AREsp 1.779.552-GO, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 26/04/2022 (Info 735).

Esse é um erro comum na prática forense porque se imagina que o Corpus Christi seja considerado, juridicamente, um feriado nacional, o que não é verdade.

Vale ressaltar que, além do Corpus Christi, existem outros feriados que são locais e que, portanto, precisam ser comprovados por meio de documento idôneo. São eles:

- a) Dia do servidor público (28 de outubro);
- b) Segunda-feira de carnaval;
- c) Quarta-feira de Cinzas;
- d) Dias que precedem a sexta-feira da Paixão.

O dia do servidor público (28 de outubro), a segunda-feira de carnaval, a quarta-feira de Cinzas, os dias que precedem a sexta-feira da Paixão e, também, o dia de Corpus Christi não são feriados nacionais, em razão de não haver previsão em lei federal, de modo que deve a parte comprovar a suspensão do expediente forense quando da interposição do recurso, por documento idôneo.

STJ. 3ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 2.006.859-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/2/2023 (Info 765).

A Quarta-Feira de Cinzas, os dias que precedem a Sexta-Feira da Paixão e o de Corpus Christi não são feriados forenses, previstos em lei federal, para os tribunais de justiça estaduais, motivo pelo qual, caso essas datas sejam feriados locais, deve ser colacionado o ato normativo local com essa previsão, por meio de documento idôneo, no momento de interposição do recurso.

STJ. Corte Especial. AgInt nos EAREsp 1569432/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/02/2022.

O dia do servidor público (28 de outubro), a segunda-feira de carnaval, a quarta-feira de cinzas, os dias que precedem a sexta-feira da paixão e, também, o dia de Corpus Christi não são feriados nacionais, em razão de não haver previsão em lei federal. Logo, é dever da parte comprovar a suspensão do expediente forense quando da interposição do recurso, por documento idôneo.

STJ. 4ª Turma. AgInt nos EDcl no AREsp 1857694/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 11/04/2022.

2º) Cópia de calendário do Tribunal de origem é documento idôneo para comprovar feriado local?

Para o STJ: NÃO

A cópia de calendário editado pelo tribunal de origem ou a simples relação de feriados extraída da internet não são hábeis a ensejar a comprovação da existência de feriado local, pois é necessária a juntada de cópia

de lei ou de ato administrativo exarado pela Corte local comprovando a ausência de expediente forense na data em questão.

STJ. 3^a Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.941.861/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/6/2022.

A juntada de calendário extraído de página do Tribunal de Justiça na internet não se revela como documento idôneo a ensejar a comprovação da existência do aludido feriado, na medida em que, para tanto, é necessária a juntada de cópia de lei ou de ato administrativo que ateste, de modo inequívoco, a ausência de expediente forense na data em questão.

STJ. 4^a Turma. AREsp 1779552-GO, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 26/04/2022 (Info 735).

Obs: o STF possui um julgado afirmando que sim.

O calendário disponível no sítio do Tribunal de Justiça que mostra os feriados na localidade é documento idôneo para comprovar a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso, nos termos do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015.

STF. 1^a Turma. RMS 36114/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22/10/2019 (Info 957).

3º) A tempestividade do recurso especial e do respectivo agravo em recurso especial deve ser aferida de acordo com os prazos em curso na Corte de origem

O prazo dos recursos interpostos perante a Corte de origem, ainda que estejam endereçados ao STJ, obedece ao calendário de funcionamento do Tribunal de origem, sendo irrelevante, para a verificação da tempestividade do recurso, a existência de recesso forense no STJ.

STJ. 2^a Turma. AgInt no AREsp 2118653-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 28/11/2022 (Info Especial 8).

Os recursos interpostos na instância de origem, mesmo que endereçados a esta Corte Superior, observam o calendário de funcionamento do tribunal local, não podendo se utilizar, para todos os casos, dos feriados e das suspensões previstas em Portaria e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que muitas vezes não coincidem com os da Justiça estadual.

STJ. 3^a Turma. AgInt nos EDcl no REsp 2.006.859-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/2/2023 (Info 765).

EXECUÇÃO

A suspensão do cumprimento de sentença, em virtude da ausência de bens passíveis de excussão, por longo período de tempo, sem diligência por parte do credor, não configura suppressio, de modo que não obsta a fluênciados juros e da correção monetária

ODS 16

A suppressio consubstancia-se na impossibilidade de se exercer um direito por parte de seu titular em razão de seu não exercício por certo período variável de tempo e que, em razão desta omissão, gera da parte contrária uma expectativa legítima de que não seria mais exigível. Não se confunde com a prescrição e com a decadência, institutos pelos quais se opera a extinção da pretensão ou do direito potestativo pela simples passagem do tempo.

A suspensão da execução ou do cumprimento de sentença, em virtude da ausência de bens passíveis de excussão, por longo período de tempo, sem nenhuma diligência por parte do credor, não pode dar ensejo à suspensão da fluênciados juros e da correção monetária pela configuração da suppressio, porquanto a pendência da ação que busca a concretização do título judicial impede que se gere no devedor a expectativa de inexigibilidade do débito.

STJ. 4^a Turma. REsp 1.717.144-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa Alfa realizou contrato de mútuo com o Banco, tomando emprestado R\$ 900 mil.

João e Pedro figuraram como avalistas deste empréstimo.

Ocorre que a empresa não pagou a dívida, razão pela qual o Banco ingressou com execução.

O exequente requereu a penhora online e outras medidas para tentar localizar bens dos devedores, no entanto, todas elas foram infrutíferas.

Como não houve novas movimentações, o magistrado, em 20/07/2010, proferiu o seguinte despacho: "Aguarde-se nova provocação do exequente."

Desde então, os autos permaneceram paralisados no arquivo até 05/11/2016, quando o exequente localizou bens da executada e pediu a penhora.

A devedora veio aos autos pedindo o reconhecimento da prescrição intercorrente e, em consequência, que fosse extinta a execução, nos termos do art. 924, V, do CPC/2015:

Art. 924. Extingue-se a execução quando:

(...)

V - ocorrer a prescrição intercorrente.

O juiz indeferiu o pedido porque não existia prescrição intercorrente no CPC/1973 e, segundo a regra de transição contida no art. 1.056, do CPC/2015, o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente é a data da vigência do novo código de processo civil:

Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V , inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.

O magistrado, contudo, apesar de afastar a prescrição intercorrente, entendeu que a inércia injustificada do exequente, por longo período, caracterizaria *supressio*, de modo a afastar a incidência de juros e correção monetária entre 22/07/2010 até 05/11/2016.

Afirmou que autorizar a incidência desses encargos caracterizaria enriquecimento sem causa, pois o exequente teria permanecido em cômoda posição de fazer a evolução progressiva do saldo devedor sem manejá-las ferramentas voltadas à cobrança.

Agiu corretamente o juízo ao afastar os juros e correção monetária neste caso?

NÃO.

O que é supressio?

O instituto da supressão (*supressio*), também conhecida como *verwirkung*, é uma expressão (decorrência) do princípio da boa-fé objetiva e serve para limitar o exercício de direitos subjetivos.

A *supressio* significa que...

- o credor de uma relação jurídica não exerceu seu direito por longo tempo,
- de forma que isso gerou a justa expectativa no credor de que ele continuaria sem exigir esse direito,
- podendo-se considerar, portanto, que aquela obrigação contratual deixou de existir.

A *supressio* consubstancia-se na impossibilidade de se exercer um direito por parte de seu titular em razão de seu não exercício por certo período variável de tempo e que, em razão dessa omissão, gera da parte contrária uma expectativa legítima de que não seria mais exigível. Portanto, pelo não exercício do direito passível de ser exercido por um lapso temporal - não determinável a priori - a outra parte da relação obrigacional confia que a situação se estabilizou e que não será compelida a cumpri-la, revelando-se, pois, certo abrandamento do princípio *pacta sunt servanda*, não mais tomado no sentido absoluto típico de sua formulação liberal.

Para que haja supressio é indispensável que tenha ficado caracterizada a omissão

Na supressio há um deslocamento do eixo meramente temporal e, em decorrência, subjetivamente indiferente, para a análise da omissão do credor distendida no tempo e do correlato efeito quanto à expectativa do devedor na preservação da estabilidade jurídica gerada por aquele comportamento.

A omissão, portanto, ganha relevância jurídica ao provocar na outra parte a convicção de que o direito subjetivo não mais será exercido.

Desse modo, para a configuração da *supressio* e a decorrente perda do direito subjetivo de exigência ou formativo, deve-se perquirir, concretamente, acerca da relevância jurídica da omissão da parte e de sua repercussão na convicção da outra parte, confiante de que o direito não será exercido. Torna-se patente, por conseguinte, que o instituto da *supressio* constitui fragmento do princípio da boa-fé objetiva, em sua feição limitadora de direitos e, por esse motivo, é tratado pela doutrina como o exercício inadmissível de direitos. Embora reconhecido pela jurisprudência antes mesmo de sua previsão normativa, atualmente o princípio da boa-fé objetiva tem assento no art. 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Supressio não se confunde com prescrição ou decadência

O instituto da *supressio* não se confunde com a extinção dos direitos, de exigência ou formativos, pela prescrição ou pela decadência, embora tais institutos tenham como ponto comum seu fundamento na necessidade de estabilização das relações jurídicas.

Na prescrição (extinção da pretensão) e na decadência (extinção do direito potestativo ou formativo) não se discute a boa-fé ou o dever de lealdade ou confiança. O elemento operativo da prescrição e da decadência é unicamente a simples fluência do tempo legalmente determinado. Assim, independentemente da conduta do credor, o mero transcurso do tempo implicará a extinção do direito de seu titular.

Suspensão da execução pelo fato de não terem sido localizados bens não gerou legítima expectativa no executado de que a dívida teria sido extinta

A *supressio* não tem aplicação no presente caso considerando que não se pode dizer que a suspensão do processo de execução em razão da inexistência de bens tenha gerado no executado a expectativa legítima de que a pretensão não mais seria exercida. Ora, o direito do exequente foi efetivamente exercido ao se iniciar a execução.

Nos casos em que não se localiza bens do executado, o exequente permanece em uma situação de espera e essa suspensão da execução não pode ser considerada como sendo decorrente de sua omissão, mas sim da ausência de patrimônio passível de excussão para o adimplemento da obrigação. Logo, não se pode caracterizar a relevância jurídica da paralisação do processo como causa para a extinção do direito, integral ou parcialmente, pela ocorrência da *supressio*.

Em suma:

A suspensão do cumprimento de sentença, em virtude da ausência de bens passíveis de excussão, por longo período de tempo, sem diligência por parte do credor, não configura supressio, de modo que não obsta a fluência dos juros e da correção monetária.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.717.144-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

DIREITO PENAL**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL > ESTUPRO DE VULNERÁVEL**
De quem é a competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar?**Importante!!!****Assunto já apreciado no Info 755-STJ**

ODS 16

A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.431/2017, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete à vara especializada em violência doméstica julgar as ações penais que apurem crimes envolvendo violência contra crianças e adolescentes, independentemente de considerações acerca do sexo da vítima ou da motivação da violência, ressalvada a modulação de efeitos realizada no julgamento do EAREsp 2.099.532/RJ.

Após o advento do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete à vara especializada em violência doméstica, onde houver, processar e julgar os casos envolvendo estupro de vulnerável cometido pelo pai (bem como pelo padrasto, companheiro, namorado ou similar) contra a filha (ou criança ou adolescente) no ambiente doméstico ou familiar.

De quem é a competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar?

1^a opção: juizado ou vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente (caput do art. 23 da Lei nº 13.431/2017);

2^a opção: caso não exista a vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, esse crime será julgado no juizado ou vara especializada em violência doméstica, independentemente de considerações acerca da idade, do sexo da vítima ou da motivação da violência (parágrafo único do art. 23 da Lei nº 13.431/2017);

3^a opção: nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica, a competência para julgar será da vara criminal comum.

STJ. 6^a Turma. REsp 2.005.974/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

“M” praticou estupro de vulnerável contra a própria filha, de 4 anos.

Surgiu uma dúvida quanto à competência para julgar esse delito: seria da vara criminal “comum” ou vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Tribunal de Justiça entendeu que a competência seria da vara criminal “comum”. Isso porque o que teria sido determinante para a prática do crime foi a tenra idade da vítima, não tendo o delito sido cometido em razão do gênero. Logo, não seria possível atrair a incidência da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

O Tribunal local não desconsiderou a presença vínculo doméstico na conduta praticada pelo réu. Todavia, entendeu não haver motivação de gênero na referida prática e priorizou a idade da vítima para afastar a competência da vara especializada.

O STJ concorda com esse entendimento manifestado pelo TJ?

Até bem pouco tempo, o STJ estava dividido:

Se o fator determinante que ensejou a prática do crime foi a tenra idade da vítima fica afastada a vara de violência doméstica e familiar? Ex: estupro de vulnerável praticado por pai contra a filha, de 4 anos

SIM	NÃO
<p>Para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher.</p> <p>Se o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, mas sim a tenra idade da ofendida, que residia sobre o mesmo teto do réu, que com ela manteve relações sexuais, não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.</p> <p>STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1020280/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 23/08/2018.</p>	<p>A idade da vítima é irrelevante para afastar a competência da vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher e as normas protetivas da Lei Maria da Penha.</p> <p>O que importa é constatar que não apenas a agressão sexual se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal.</p> <p>É descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Pena, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.</p> <p>A Lei nº 11.340/2006 nada mais objetiva do que proteger vítimas, contra quem os abusos aconteceram no ambiente doméstico e decorreram da distorção sobre a relação familiar decorrente do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, elementos suficientes para atrair a competência da vara especializada em violência doméstica.</p> <p>A prevalecer o outro entendimento, crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica - segmento especial e prioritariamente protegido pela Constituição (art. 227) - passariam a ter um âmbito de proteção menos efetivo do que mulheres adultas.</p> <p>STJ. 6ª Turma. RHC 121.813-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/10/2020 (Info 682).</p>

A questão foi pacificada em embargos de divergência. Qual das duas correntes prevaleceu? Se o fator determinante que ensejou a prática do crime foi a tenra idade da vítima fica afastada a vara de violência doméstica e familiar?

NÃO. Prevaleceu a segunda corrente.

Não se pode afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei nº 11.340/2006 unicamente com base no fator etário. Em outras palavras, mesmo a vítima possuindo tenra idade (sendo criança ou adolescente) pode ser aplicada a Lei Maria da Penha.

A Lei nº 11.340/2006 objetiva a proteção de vítimas mulheres contra os abusos cometidos no ambiente doméstico, independentemente da idade. Logo, a competência para julgar o estupro de vulnerável praticado pelo pai contra a sua filha criança ou adolescente, é, em princípio, da vara especializada em violência doméstica.

Por que se falou "em princípio"?

Porque, em 2017, foi publicada a Lei nº 13.431/20167, que estabeleceu direitos e garantias para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Esta Lei previu que, nos Tribunais de Justiça, poderiam ser criadas varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Veja:

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Logo, se houver sido criada, a competência para julgar o estupro de vulnerável praticado pelo pai contra a sua filha criança ou adolescente, será dessa vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente (caput do art. 23 da Lei nº 13.431/2017).

Por outro lado, se essa vara ainda não tiver sido criada, a competência para julgar esse crime será da vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme aliás ficou reforçado no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 13.431/2017:

Art. 23. (...)

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

A partir disso, indago: de quem é a competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar?

1^a opção: juizado ou vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente (caput do art. 23 da Lei nº 13.431/2017);

2^a opção: caso não exista a vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, esse crime será julgado no juizado ou vara especializada em violência doméstica, independentemente de considerações acerca da idade, do sexo da vítima ou da motivação da violência (parágrafo único do art. 23 da Lei nº 13.431/2017);

3^a opção: nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica, a competência para julgar será da vara criminal comum.

Dianete disso, foi fixada a seguinte tese no EAREsp 2.099.532/RJ:

Após o advento do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete à vara especializada em violência doméstica, onde houver, processar e julgar os casos envolvendo estupro de vulnerável cometido pelo pai (bem como pelo padrasto, companheiro, namorado ou similar) contra a filha (ou criança ou adolescente) no ambiente doméstico ou familiar.

STJ. 3^a Seção. EAREsp 2.099.532/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/10/2022 (Info 755).

Modulação dos efeitos para evita anulação dos crimes julgados em “varas comuns”

Por fim, nos termos do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista a alteração da jurisprudência dominante do STJ em relação às ações penais que tenham tramitado ou que estejam atualmente em trâmite nas varas criminais comuns, a fim de assegurar a segurança jurídica, notadamente por se tratar de competência de natureza absoluta, a tese ora firmada terá sua aplicação modulada nos seguintes termos:

a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data de publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns;

b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data de publicação do acórdão deste julgamento, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns.

O STJ tem reiterado esse entendimento:

A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.431/2017, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete à vara especializada em violência doméstica julgar as ações penais que apurem crimes envolvendo violência contra crianças e adolescentes, independentemente de considerações acerca do sexo da vítima ou da motivação da violência, ressalvada a modulação de efeitos realizada no julgamento do EAREsp 2.099.532/RJ.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.005.974/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

DESCAMINHO

A majorante prevista no art. 334, § 3º, do CP deve ser aplicada mesmo que o transporte seja feito em um voo regular

Importante!!!**Assunto já apreciado no Info 1030-STF**

ODS 16

Incide a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 334 do Código Penal quando se tratar de descaminho praticado em transporte aéreo, não sendo relevante o fato de o voo ser regular ou clandestino.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.197.959-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, representante legal da empresa XYZ, efetuou a importação de mercadorias, via área, com entrada pelo Aeroporto Internacional de Viracopos.

No momento do desembarque aduaneiro, a Receita Federal verificou que houve subfaturamento na importação. Em outras palavras, com o objetivo de pagar menos imposto, João declarou que havia importado as mercadorias por valores abaixo do preço efetivamente comercializado.

João foi denunciado e condenado pelo crime de descaminho, com pena dobrada, considerando que o delito foi praticado por meio de transporte aéreo (art. 334 § 3º, CP):

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
(...)
§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Em apelação, a defesa afirmou que não deveria incidir a majorante do § 3º do art. 334 do CP porque o agente não buscou esconder os produtos apreendidos. Ele efetuou a importação via aérea, em um voo regular, que é sujeito à rígida fiscalização das autoridades, não se devendo aplicar essa causa de aumento, que é exclusiva para transportes clandestinos.

Nas palavras da defesa, a majorante aplicável ao descaminho se justifica no fato de dificultar a atividade fiscalizatória por meio de voos clandestinos.

Essa tese defensiva é acolhida pelo STJ?

NÃO.

Segundo a jurisprudência consolidada no STJ, a pena do descaminho deve ser aplicada em dobro quando houver transporte aéreo, mesmo que se trate de um voo regular.

O art. 334, § 3º, do Código Penal prevê a aplicação da pena em dobro, se “o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo”. Perceba, portanto, que a lei não fez nenhuma restrição ou exigência quanto à espécie de voo que enseja a aplicação da majorante. Logo, não cabe ao intérprete restringir a aplicação do dispositivo legal, sendo irrelevante que o transporte seja clandestino ou regular.

Em suma:

Incide a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 334 do Código Penal quando se tratar de descaminho praticado em transporte aéreo, não sendo relevante o fato de o voo ser regular ou clandestino.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.197.959-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

No mesmo sentido:

O art. 334, § 3º, do Código Penal prevê a aplicação da pena em dobro, se “o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo”.

Se a lei não faz restrições quanto à espécie de voo que enseja a aplicação da majorante, não cabe ao intérprete restringir a aplicação do dispositivo legal, sendo irrelevante que o transporte seja clandestino ou regular.

STJ. 5ª Turma. HC 390.899/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 23/11/2017.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1850255/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/05/2020.

Vale ressaltar que existe um julgado da 1ª Turma do STF concluindo da mesma maneira:

O art. 334, § 3º, do CP, ao versar o aumento da sanção nos casos de descaminho praticado em transporte aéreo, não distingue os casos de voos clandestinos ou regulares.

STF. 1ª Turma. HC 169846, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/11/2019.

Obs: existe um julgado da 2ª Turma do STF no qual houve empate na votação e, portanto, prevaleceu a tese mais favorável ao réu:

Para aplicação da majorante prevista no art. 334, § 3º, do Código Penal, é necessária a condição de clandestinidade.

A majorante somente pode ser aplicada quando houver uma maior reprovabilidade da conduta, caracterizada pela atuação do imputado no sentido de dificultar a fiscalização estatal, por meio da clandestinidade.

STF. Plenário. HC 162553 AgR/CE, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/9/2021 (Info 1030).

DIREITO PROCESSUAL PENAL**PRISÃO**

A utilização do próprio filho para a prática de crimes, por se tratar de situação de risco ao menor, obsta a concessão de prisão domiciliar

ODS 16

É possível o indeferimento da prisão domiciliar da mãe de primeira infância, desde que fundamentada em reais peculiaridades que indiquem maior necessidade de acautelamento da

ordem pública ou melhor cumprimento da teleologia da norma, na espécie, a integral proteção do menor.

O fato de a mulher utilizar o próprio filho para a prática de tráfico de drogas justifica o indeferimento da prisão domiciliar, diante da situação de risco aos menores.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 798.551-PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 28/2/2023 (Info 765).

Prisão domiciliar do CPP x Prisão domiciliar da LEP

O tema “prisão domiciliar” é previsto tanto no CPP como na LEP, tratando-se, contudo, de institutos diferentes, conforme se passa a demonstrar:

PRISÃO DOMICILIAR DO CPP	PRISÃO DOMICILIAR DA LEP
Arts. 317 e 318 do CPP.	Art. 117 da LEP.
O CPP, ao tratar da prisão domiciliar, está se referindo à possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência.	A LEP, ao tratar da prisão domiciliar, está se referindo à possibilidade de a pessoa já condenada cumprir a sua pena privativa de liberdade na própria residência.
Trata-se de uma medida cautelar, por meio da qual o réu, em vez de ficar preso na unidade prisional, permanece recolhido em sua própria residência. Continua tendo natureza de prisão, mas uma prisão “em casa”.	Trata-se, portanto, da execução penal (cumprimento da pena) na própria residência.
Hipóteses (importante): O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I — maior de 80 anos; II — extremamente debilitado por motivo de doença grave; III — imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; IV — gestante; V — mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI — homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. <i>Obs.: os magistrados, membros do MP, da Defensoria e da advocacia têm direito à prisão cautelar em sala de Estado-Maior. Caso não exista, devem ficar em prisão domiciliar.</i>	Hipóteses (importante): O preso que estiver cumprindo pena no regime aberto poderá ficar em prisão domiciliar quando se tratar de condenado(a): I — maior de 70 anos; II — acometido de doença grave; III — com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV — gestante.
O juiz pode determinar que a pessoa fique usando uma monitoração eletrônica.	O juiz pode determinar que a pessoa fique usando uma monitoração eletrônica.

Prisão domiciliar do CPP

Como vimos no quadro acima, o CPP, ao tratar da prisão domiciliar, prevê a possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Trata-se de uma medida cautelar na qual, em vez de a pessoa ficar na unidade prisional, ela ficará recolhida em sua própria residência:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

As hipóteses em que a prisão domiciliar é permitida estão elencadas no art. 318 do CPP.

Prisão domiciliar de gestantes e mães de crianças

Os incisos IV e V do art. 318 do CPP preveem que a mulher acusada de um crime terá direito à prisão domiciliar se estiver gestante ou for mãe de criança:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
(...)

IV - gestante; (Redação dada pela Lei 13.257/2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei 13.257/2016)

Discussão sobre a obrigatoriedade ou não de o juiz decretar a prisão domiciliar nessas hipóteses

Se você reparar na redação do caput do art. 318 do CPP, ela diz que o juiz PODERÁ substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas hipóteses ali elencadas.

Diante disso, surgiram as seguintes dúvidas:

Se uma mulher grávida estiver em prisão preventiva, o juiz, obrigatoriamente, deverá conceder a ela prisão domiciliar com base no art. 318, IV, do CPP?

As hipóteses de prisão domiciliar previstas nos incisos IV e V do art. 318 do CPP são consideradas obrigatorias ou facultativas?

O que o STF decidiu?

REGRA: SIM. As hipóteses são obrigatorias.

Em regra, deve ser concedida prisão domiciliar para todas as mulheres presas que sejam:

- gestantes
- puérperas (que deu à luz há pouco tempo)
- mães de crianças (isto é, mães de menores até 12 anos incompletos) ou
- mães de pessoas com deficiência.

EXCEÇÕES:

Não deve ser autorizada a prisão domiciliar se:

- 1) a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça;
- 2) a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos e/ou netos);
- 3) em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

STF. 2ª Turma. HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018 (Info 891).

O que fez a Lei nº 13.769/2018?

Positivou no CPP o entendimento manifestado pelo STF.

A principal diferença foi que o legislador não incluiu a exceção número 3.

Além disso, na exceção 2 não falou em descendentes, mas sim em filho ou dependente.

Veja o art. 318-A incluído pela Lei nº 13.769/2018 no CPP:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

A exceção 3 ainda é possível? O juiz poderá deixar de aplicar a prisão domiciliar em outras situações excepcionalíssimas?

SIM.

O art. 318-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo STF no HC 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei.

O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais.

Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis.

Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente do STF deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

STF. 5ª Turma. HC 470.549/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12/02/2019.

Veja agora o caso enfrentado pelo STJ (com adaptações):

Regina foi presa em flagrante por tráfico de drogas e por corrupção de menores.

Ficou demonstrado que ela embalava as drogas em casa e ordenava que seu filho, de 14 anos, fizesse a entrega dos entorpecentes aos compradores.

A defesa impetrhou habeas corpus pugnando pela substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar sob a alegação de que a paciente é a única responsável por esse filho de 14 anos e por outros que ela também possui, inclusive um que ainda é bebê e está em fase de amamentação.

O STJ concordou com o pedido da defesa?

NÃO.

O STJ possui entendimento no sentido de que “é possível o indeferimento da prisão domiciliar da mãe de primeira infância, desde que fundamentada em reais peculiaridades que indiquem maior necessidade de acautelamento da ordem pública ou melhor cumprimento da teleologia da norma, na espécie, a integral proteção do menor” (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.832.139/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/2/2020).

No caso concreto, o pedido de concessão de prisão domiciliar deve ser indeferido porque a paciente também está sendo investigada pela prática do crime de corrupção de menores em desfavor do próprio filho de 14 anos, o qual praticava o tráfico de drogas por influência da acusada.

O fato de a genitora envolver o filho adolescente no tráfico representa risco à própria proteção integral do menor. Nesse sentido:

Os fatos de a investigada comercializar entorpecentes em sua própria moradia, pertencer a organização criminosa, responder a outros procedimentos criminais por delitos da mesma natureza e por homicídio, além de envolver os próprios filhos na mercancia de entorpecentes, evidenciam o prognóstico de que a prisão domiciliar não impediria a prática de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença das filhas menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito.

STJ. 6ª Turma. RHC 99.897/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/9/2018.

Em suma:

A utilização do próprio filho para a prática de crimes, por se tratar de situação de risco ao menor, obsta a concessão de prisão domiciliar.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 798.551-PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), julgado em 28/2/2023 (Info 765).

SENTENÇA

É possível que o julgador condene criminalmente o réu mesmo quando o Ministério Público pede expressamente a sua absolvição em alegações finais

Importante!!!

ODS 16

O art. 385 do Código de Processo Penal é compatível com o sistema acusatório e não foi tacitamente derrogado pelo advento da Lei nº 13.964/2019, responsável por introduzir o art. 3º-A no Código de Processo Penal.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.022.413-PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação adaptada:

João, que tinha foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, estava respondendo a um processo acusado do crime de concussão (art. 316 do Código Penal).

Após a instrução probatória, o Ministério Público apresentou alegações finais pedindo a absolvição do réu por ausência de provas (art. 386, VII, do CPP).

O Tribunal de Justiça, contudo, entendeu que havia sim provas suficientes e, contrariando o pedido do Ministério Público, condenou o acusado.

O Desembargador Relator, em seu voto, que foi acompanhado por unanimidade pelos demais julgadores, invocou o art. 385 do CPP, que diz o seguinte:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

O réu interpôs recuso especial alegando que o art. 385 do CPP seria incompatível com o sistema acusatório. Além disso, esse dispositivo teria sido tacitamente derrogado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que introduziu o art. 3º-A no CPP:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Para a doutrina, o art. 385 do CPP foi recepcionado pela CF/88 e é compatível como o sistema acusatório?

O ART. 385 DO CPP AINDA É VÁLIDO?

NÃO

SIM

<p>O art. 385 do CPP é incompatível com o sistema acusatório, instaurado com a CF/88 e reforçado em nosso ordenamento com o art. 3º-A do CPP. Para essa corrente, em síntese, o magistrado que condenasse contra o pedido absolutório do órgão acusador estaria agindo de ofício, porque as alegações finais do Parquet retirariam e substituiriam a pretensão condenatória inicialmente veiculada na denúncia. Haveria, ainda, violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, inexistindo pedido de condenação nas alegações finais do Ministério Público, o réu não teria como se contrapor previamente aos fundamentos invocados pelo julgador apenas no momento da sentença.</p>	<p>“Independência do juiz para julgar: do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, consequentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la.” (NUCCI, Guilherme de Souza. <i>Código de Processo Penal Comentado</i>. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1322)</p>
<p>É a posição de Geraldo Prado, Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa, dentre outros.</p>	<p>É a corrente adotada por Eugênio Pacelli, Douglas Fischer, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho e Ronaldo Batista Pinto.</p>

Qual é a posição que prevalece na jurisprudência do STF e do STJ?

A 2ª corrente.

Julgados do STF:

O art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal. No caso concreto, contudo, as parcias provas colhidas pela Procuradoria-Geral da República são insuficientes para justificar a aplicação da norma excepcional.

STF. 1ª Turma. Ap 976/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 13/4/2020.

É constitucional o art. 385 do CPP. Jurisprudência desta Corte.

Agravo regimental desprovido.

STF. 2ª Turma. HC 185.633/SP, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 24/3/2021.

Julgados do STJ:

É pacífico o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o artigo 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo falar em ilegalidade quanto ao posicionamento diverso da manifestação ministerial, diante do fato de o Magistrado gozar do princípio do livre convencimento motivado.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.850.925/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22/10/2020.

Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.

O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 605.748/PI, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 27/11/2020.

- (Fundep/DPE/MG/Defensor/2019) Nos termos da lei processual penal, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, ainda que o promotor de justiça tenha sugerido a absolvição nas alegações finais, o juiz poderá proferir sentença condenatória. (certo)

Esse entendimento persistiu mesmo com a introdução do art. 3º-A no CPP pelo Pacote Anticrime:

O art. 385 do Código de Processo Penal é compatível com o sistema acusatório e não foi tacitamente derrogado pelo advento da Lei nº 13.964/2019, responsável por introduzir o art. 3º-A no Código de Processo Penal.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.022.413-PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/2/2023 (Info 765).

Assim, é possível que o julgador condene criminalmente o réu mesmo quando o Ministério Público pede expressamente a sua absolvição em alegações finais.

Veja abaixo um resumo dos argumentos do Min. Rogerio Schietti Cruz, relator para o acórdão:

Ministério Público está submetido ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública

A Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a competência privativa para promover a ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal). Em razão disso, a Instituição tem o dever de deduzir, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a pretensão punitiva estatal, compromissado com a descoberta da verdade e a realização da justiça.

Ao contrário de outros sistemas, no Brasil, o Ministério Público não pode, por critérios de discricionariedade, abrir mão do dever de conduzir a *actio penalis* até seu desfecho, quer para a realização da pretensão punitiva, quer para, se for o caso, postular a absolvição do acusado.

O certo é que, quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há abandono ou disponibilidade da ação penal. Isso porque, conforme já mencionado, no direito brasileiro, “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” (art. 42 do CPP).

É diferente, portanto, do direito norte-americano. Nos EIA, o promotor pode simplesmente retirar a acusação (*decision on prosecution motion to withdraw counts*) e essa postura vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, mesmo que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – à do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado.

Mesmo que o MP, em alegações finais, tenha pedido a condenação do acusado, ainda assim o juiz deverá analisar a pretensão acusatória formulada na denúncia

A compreensão, portanto, é de que as posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Parquet, Estado acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente.

Portanto, mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido a condenação do acusado, ainda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal -

pautada pelos princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e pelo caráter publicista do processo -, a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu soberano poder de dizer o direito (*juris dicere*).

Princípio da correlação

No processo penal, existe o princípio da correlação ou da congruência segundo o qual a sentença não poderá condenar o acusado por fatos não narrados na denúncia ou queixa, sob pena de incorrer em decisão *ultra ou extra petita*, sendo isso causa de nulidade absoluta.

Conforme a própria definição dada acima, o princípio da correlação vincula o julgador apenas aos fatos narrados na denúncia - aos quais ele pode, inclusive, atribuir qualificação jurídica diversa (art. 383 do CPP) -, mas não o vincula aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes em alegações finais para sustentar seus pedidos.

Dessa forma, uma vez veiculada a acusação por meio da denúncia e alterado o estado natural de inércia da jurisdição - inafastável do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal -, o processo segue por impulso oficial e o juiz tem o dever - pautado pelo sistema da persuasão racional - de analisar o mérito da causa submetida à sua apreciação à vista da hipótese acusatória contida na denúncia, sem que lhe seja imposto o papel de mero homologador do que lhe foi proposto pelo Parquet.

Se o juiz estivesse vinculado ao pedido de absolvição formulado pelo MP, haveria uma transmutação de quem é o órgão julgador

A submissão do magistrado à manifestação final do Ministério Público, a pretexto de supostamente concretizar o princípio acusatório, implicaria, em verdade, subvertê-lo, transmutando o órgão acusador em julgador e solapando, além da independência funcional da magistratura, duas das basilares características da jurisdição: a indeclinabilidade e a indelegabilidade.

Com efeito, é importante não confundir a desistência da ação - que é expressamente vedada ao Ministério Público pela previsão contida no art. 42 do CPP e que levaria, se permitida, à extinção do processo sem resolução do mérito e sem a formação de coisa julgada material -, com a necessária vinculação do julgador aos fundamentos apresentados por uma das partes em alegações finais, cujo acolhimento leva à extinção com resolução do mérito da causa e à formação de coisa julgada material insuperável, porquanto proibida a revisão criminal *pro societate* em nosso ordenamento.

A Constituição Federal afirmou que o princípio acusatório deveria ser exercido na forma da lei

Bem observa a doutrina que, ao atribuir privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, o Constituinte ressalvou no art. 129, I, que isso deveria ser exercido "na forma da lei" ("promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei"), de modo a resguardar ao legislador ordinário alguma margem de conformação constitucional para tratar da matéria, dentro da qual se enquadra a disposição contida no art. 385 do CPP.

Assim, mesmo que sujeita a algumas críticas doutrinárias legítimas, a referida previsão normativa não chega ao ponto de poder ser considerada incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tampouco com o sistema acusatório entre nós adotado.

Para haver uma condenação mesmo com pedido de absolvição por parte do MP é necessário que o julgador fundamente de forma ainda mais robusta a existência do crime e a sua autoria

Faz-se apenas a necessária ponderação, à luz das pertinentes palavras do eminente Ministro Roberto Barroso, no julgamento da AP 976/PE, de que "[t]al norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal".

Vale dizer, uma vez formulado pedido de absolvição pelo dominus litis, caberá ao julgador, na sentença, apresentar os motivos fáticos e jurídicos pelos quais entende ser cabível a condenação e refutar não apenas os fundamentos suscitados pela defesa, mas também aqueles invocados pelo Parquet em suas alegações finais, a fim de demonstrar o equívoco da manifestação ministerial. Isso porque, tal como ocorre

com os seus poderes instrutórios, a faculdade de o julgador condenar o acusado em contrariedade ao pedido de absolvição do Parquet também só pode ser exercida de forma excepcional, devidamente fundamentada à luz das circunstâncias do caso concreto.

Conclusão

Assim, diante de todas essas considerações, não há falar em violação dos arts. 3º-A do CPP (“Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”) e 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”), porquanto o art. 385 do CPP não é incompatível com o sistema acusatório entre nós adotado e não foi tacitamente derrogado pelo advento da Lei nº 13.964/2019, responsável por introduzir o art. 3º-A no CPP.

**DIREITO PENAL E
PROCESSUAL PENAL MILITAR**

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

No processo penal militar, o assistente de acusação possui legitimidade para recorrer da sentença absolutória, ainda que a absolvição tenha sido requerida pelo órgão ministerial

ODS 16

O STJ, analisando o papel do assistente de acusação no processo penal comum, aplica interpretação sistemática ao art. 271 do CPP, não se restringindo à literalidade do dispositivo. Em razão disso, é firme a jurisprudência no sentido de que o assistente de acusação possui legitimidade para interpor recurso de apelação, em caráter supletivo, nos termos do art. 598 do CPP, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição do réu.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado à legislação processual penal militar, uma vez que não se pode privar a vítima, que efetivamente sofreu, como sujeito passivo do crime, o gravame causado pelo ato típico e antijurídico, de qualquer tutela jurisdicional, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição.

Não há motivo razoável para distinguir o assistente de acusação que atua no processo penal comum daquele que atua na justiça castrense.

STJ. 5ª Turma. HC 730.100/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/02/2023 (Ino 765).

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Em que consiste?

O titular e, portanto, autor da ação penal pública, é o Ministério Público (art. 129, I, CF/88).

Contudo, o ofendido (vítima) do crime poderá pedir para intervir no processo penal a fim de auxiliar o Ministério Público. A essa figura, dá-se o nome de “assistente da acusação”.

O assistente também é chamado de “parte contingente”, “adesiva”, ou “adjunta”.

O assistente é considerado a única parte desnecessária e eventual do processo.

Obs: somente existe assistente da acusação no caso de ação penal pública.

Qual é o fundamento que justifica a existência do assistente da acusação?

1ª corrente: A única justificativa que autoriza o ofendido (ou seus sucessores) a atuarem como assistente da acusação é a de que assim podem ajudar o MP a obter a condenação, o que irá gerar um título executivo, que poderá ser executado no juízo cível como forma de indenização pelos danos sofridos. O interesse seria meramente econômico.	2ª corrente: O ofendido (ou seus sucessores) podem intervir como assistente da acusação não apenas para obter um título executivo (sentença condenatória). O assistente da acusação tem interesse em que a justiça seja feita. Desse modo, o interesse não é meramente econômico.
Segundo essa posição, o assistente somente pode recorrer caso o réu tenha sido absolvido (não haverá título executivo). O assistente da acusação não poderia recorrer para aumentar a pena do condenado.	Segundo essa posição, o assistente da acusação poderá recorrer tanto nos casos em que o réu for absolvido, como na hipótese em que desejar apenas o aumento da pena imposta (o interesse não é apenas no título, mas sim na justiça).
Posição clássica (atualmente minoritária).	Posição majoritária, inclusive no STJ e STF.

Quem pode ser assistente da acusação?

Segundo o art. 268 do CPP, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido (pessoalmente ou por meio de seu representante legal, caso seja incapaz).

Caso a vítima tenha morrido, poderá intervir como assistente:

- o cônjuge;
- o companheiro;
- o ascendente;
- o descendente ou
- o irmão do ofendido.

Corréu

O corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público (art. 270 do CPP).

Ex: Pedro e Paulo foram denunciados por lesões corporais recíprocas. Pedro não pode ser aceito como assistente de acusação do MP porque é corréu no processo.

Momento em que pode ocorrer a intervenção como assistente da acusação

A intervenção como assistente da acusação poderá ocorrer em qualquer momento da ação penal, desde que ainda não tenha havido o trânsito em julgado:

CPP/Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

Não cabe assistente da acusação no IP.

Não cabe assistente da acusação no processo de execução penal.

Como ocorre a habilitação do ofendido (ou de seus sucessores) como assistente:

- 1) O ofendido (ou seus sucessores) deverá, por meio de um advogado dotado de procuração com poderes específicos, formular pedido ao juiz para intervir no processo como assistente da acusação;
- 2) O juiz manda ouvir o MP;
- 3) O MP somente pode se manifestar contrariamente à intervenção do ofendido como assistente da acusação se houver algum aspecto formal que não esteja sendo obedecido (exs.: o sucessor pediu para intervir, mas o ofendido ainda está vivo; o advogado não possui procuração com poderes expressos). O MP não pode recusar o assistente com base em questões relacionadas com a oportunidade e conveniência da intervenção. Preenchidos os requisitos legais, a intervenção do ofendido como assistente é tida como um direito subjetivo;

- 4) O juiz decide sobre a intervenção, ressaltando mais uma vez que esta somente poderá ser negada se não atender aos requisitos da lei;
- 5) Da decisão que admitir ou não o assistente não caberá recurso (art. 273 do CPP). No entanto, é possível que seja impetrado mandado de segurança.

O assistente de acusação pode interpor recursos?

SIM. O assistente de acusação pode:

- arrazoar os recursos interpostos pelo MP; e
- interpor e arrazoar seus próprios recursos.

Recurso do assistente de acusação

O recurso pode ser interposto tanto pelo ofendido (ou sucessores) que já está habilitado nos autos na qualidade de assistente da acusação, como também nos casos em que a vítima ainda não era assistente, mas decide intervir no processo apenas no final, quando observa que a sentença não foi justa (em sua opinião) e que mesmo assim o MP não recorreu. Nesse caso, o ofendido (ou seus sucessores) apresenta o recurso e nesta mesma peça já pede para ingressar no feito.

Qual é o prazo para o ofendido (ou sucessores) apelar contra a sentença?

- Se já estava HABILITADO como assistente: 5 dias (art. 593 do CPP);
- Se ainda NÃO estava habilitado: 15 dias (art. 598, parágrafo único, do CPP).

Obs: o prazo só tem início depois que o prazo do MP se encerra. Nesse sentido:

Súmula nº 448-STF: O prazo para o assistente recorrer supletivamente começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do MP.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MP E RECURSO DO ASSISTENTE

Imagine que o Promotor de Justiça pediu a absolvição do réu, tendo o pleito sido acolhido pelo juiz, que proferiu sentença absolutória. O assistente de acusação, que intervém no processo, tem legitimidade para recorrer contra essa decisão?

SIM.

O assistente de acusação possui legitimidade para interpor recurso de apelação, em caráter supletivo, nos termos do art. 598 do CPP, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição do réu.

STF. Plenário. HC 102.085, Rel. Min. Cármel Lúcia, DJe 27/8/2010.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.451.720-SP, Rel. originário Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/4/2015 (Info 564).

Esse entendimento acima também se aplica no processo penal militar?

SIM. O art. 65 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) dispõe que o assistente não poderá “impetrar recursos, salvo de despacho que indeferir o pedido de assistência”.

O art. 271 do Código de Processo Penal (CPP), por sua vez, dispõe que ao “assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598”.

O STJ, analisando o papel do assistente de acusação no processo penal comum, aplica interpretação sistemática ao art. 271 do CPP, não se restringindo à literalidade do dispositivo. No ponto, é firme a jurisprudência no sentido de que “o assistente de acusação tem legitimidade para, quando já iniciada a persecução penal pelo seu órgão titular, atuar em seu auxílio e também supletivamente, na busca pela justa sanção, podendo apelar, opor embargos declaratórios e até interpor recurso extraordinário ou especial (REsp 1.675.874/MS, Voto do Ministro Rogério Schietti Cruz)” (STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no AREsp 1.565.652/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 23/6/2020).

Esse mesmo raciocínio - interpretação sistemática acerca do papel do assistente de acusação - deve ser aplicado à legislação processual penal militar, uma vez que “não se pode privar a vítima, que efetivamente sofreu, como sujeito passivo do crime, o gravame causado pelo ato típico e antijurídico, de qualquer tutela jurisdicional, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição” (HC 123.365/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 23/8/2010).

Em suma:

No processo penal militar, o assistente de acusação possui legitimidade para recorrer da sentença absolutória, ainda que a absolvição tenha sido requerida pelo órgão ministerial.

STJ. 5ª Turma. HC 730.100/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/02/2023 (Ino 765).

DIREITO TRIBUTÁRIO**IMPOSTO DE RENDA**

A multa por rescisão de um contrato de afretamento deve se submeter à alíquota de 15% para fins de Imposto de Renda, nos termos do art. 70 da Lei 9.430/96

ODS 16

Caso concreto: GOLAR SPIRIT UK LTD é uma sociedade estrangeira cuja principal atividade é o transporte marítimo. A Petrobrás celebrou contrato de afretamento de navio com a GOLAR SPIRIT para transporte de Gás Natural, pelo período de 10 anos. A estatal optou por rescindir o contrato de afretamento antes de seu vencimento. Por conta disso, a Petrobrás teve que pagar à GOLAR SPIRIT multa, denominada contratualmente de “taxa de compensação” pelo encerramento antecipado.

A Petrobrás teve que remeter esses recursos ao exterior. Antes de enviar os valores, a Petrobrás efetuou a retenção do Imposto de Renda, com base na alíquota de 15%, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.430/96: “Art. 70. A multa ou qualquer outra vantagem paga ou creditada por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão de contrato, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento.”

A GOLAR SPIRIT defendia que não teria que pagar nada (alíquota zero), com base no art. 1º, I, da Lei nº 9.481/97: “Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses: I - receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras ou motores de aeronaves estrangeiros, feitos por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem como os pagamentos de aluguel de contêineres, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias;”

O STJ decidiu que deve incidir a alíquota de 15%, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.430/96.

O art. 70 da Lei nº 9.430/96 é regra antielisiva específica.

Além disso, nem toda receita prevista no contrato de afretamento necessariamente se caracteriza como “receita de afretamento”. A multa percebida em razão da rescisão antecipada, embora decorrente de um contrato de afretamento, não é paga por uma prestação positiva na exploração e produção de petróleo e gás, mas sim pela frustração parcial dessa prestação.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.940.975-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

Imagine a seguinte situação:

GOLAR SPIRIT UK LTD é uma sociedade estrangeira cuja principal atividade é o transporte marítimo. A Petrobrás celebrou contrato de afretamento de navio com a GOLAR SPIRIT para transporte de Gás Natural Liquefeito – GNL, pelo período de 10 anos.

Ocorre que, em virtude da redução da demanda por gás natural no Brasil, a estatal optou por rescindir o contrato de afretamento antes de seu vencimento.

Por conta disso, a Petrobrás teve que pagar à GOLAR SPIRIT R\$ 25 milhões, a título de “taxa de compensação” pelo encerramento antecipado.

A GOLAR SPIRIT tem sede no exterior. Assim, a Petrobrás teve que remeter esses recursos ao exterior. Antes de enviar os valores, a Petrobrás efetuou a retenção do Imposto de Renda, com base na alíquota de 15%, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.430/96:

Art. 70. A multa ou qualquer outra vantagem paga ou creditada por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão de contrato, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento.

A GOLAR SPIRIT impetrou mandado de segurança dizendo que não teria que pagar nada de imposto de renda (alíquota zero). Isso porque essa “taxa de compensação” decorrente da resilição do contrato de afretamento deveria ser enquadrada como receita de frete, atraindo a incidência do art. 1º, I, da Lei nº 9.481/97, dispõe sobre o imposto de renda sobre rendimentos de beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. Confira o dispositivo legal invocado:

Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses:
I - ~~receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras ou motores de aeronaves estrangeiros, feitos por empresas,~~ desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem como os pagamentos de aluguel de contêineres, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias;
(...)

A questão chegou até o STJ. O pedido da impetrante foi acolhido?

NÃO.

O art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.481/97 estabeleceu alíquota zero (0%) para o imposto de renda retido pela fonte pagadora, na hipótese de residentes ou domiciliados no exterior auferirem receitas decorrentes de afretamento de embarcações marítimas.

O art. 70 da Lei nº 9.430/96, por sua vez, ao tratar da tributação das multas, vantagens ou indenizações por rescisão de contrato, estabeleceu a incidência do imposto de renda com a alíquota de quinze por cento (15%), desde que não seja paga para fins de indenização trabalhista ou destinadas a reparar danos patrimoniais. Este último dispositivo é uma norma antielisiva específica, o que se evidencia sobretudo pelo fato de que o legislador impôs a incidência do imposto inclusive se o beneficiário do pagamento for pessoa isenta, a menos que, na forma do § 5º, seja comprovado o caráter trabalhista ou de reparação de danos patrimoniais.

O objetivo desse art. 70 foi o de evitar que sejam embutidos no pagamento de contratos - principalmente os sujeitos à tributação privilegiada, outras despesas, a título de multas ou indenizações rescisórias, que não correspondam efetivamente à causa do contrato propriamente dito, isto é, à atividade ou serviço favorecidos pela ausência de tributação.

Assim, analisando os dois dispositivos em conflito, chega-se à conclusão de que sobre a multa por rescisão antecipada do contrato de afretamento deve mesmo incidir o imposto, à alíquota de 15%.

Multa por rescisão do contrato de frete não é “receita de frete”

A “taxa de compensação” pelo encerramento antecipado não integra o conceito de “receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos” de que trata a Lei nº 9.481/97.

De fato, nem toda receita prevista em um contrato de afretamento necessariamente se caracterizará como “receita de afretamento”, sendo preciso avaliar sua pertinência e seu objeto no contexto contratual. No caso, não se trata de uma receita de afretamento, mas, sim, uma compensação obtida pela não realização integral de um afretamento, conforme inicialmente previsto. Ou seja, aquela receita da pessoa jurídica estrangeira, embora decorrente de um contrato de afretamento, não foi paga por uma prestação positiva na exploração e produção de petróleo e gás, mas, sim, pela frustração parcial dessa prestação. Ainda que a receita derive do contrato de afretamento, trata-se efetivamente de “multa ou qualquer outra vantagem paga ou creditada por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão de contrato”, se amoldando, portanto, com perfeição, ao caput do art. 70 da Lei nº 9.430/96.

Pelo princípio da especialidade, aplica-se o art. 70 da Lei nº 9.430/96

Mesmo que a multa por rescisão contratual devida no contexto de um afretamento fosse considerada “receita decorrente do afretamento”, ainda assim, pelo princípio da especialidade, deveria se aplicar a alíquota de 15% do art. 70 da Lei nº 9.430/96 (norma antielisiva), e não a alíquota zero do art. 1º, I, da Lei nº 9.481/97 (norma que insere favor fiscal).

É da natureza da norma antielisiva específica (regra de prevenção à elusão), estabelecer hipóteses de incidência específicas que alcancem situações vulneráveis a manobras evasivas (ou elisivas que o legislador considere indesejáveis), determinando de antemão um tratamento mais rigoroso ou mesmo fixando desde já a incidência específica da tributação, justamente para prevenir tais flancos.

Desse modo, na presente hipótese, ainda que se considerasse a referida “taxa de compensação” uma receita decorrente do afretamento, a norma antielisiva seria a norma especial deste conflito aparente de normas (entre alíquota zero por receita de afretamento versus alíquota de 15% por rescisão de contrato). Nesse contexto, se as normas que estabelecem isenção (assim como as que estabelecem alíquota zero), fossem consideradas normas especiais, o art. 70 da Lei nº 9.430/96 jamais seria aplicável às pessoas jurídicas ou às receitas isentas do imposto. Ou, quando muito, a regra seria eficaz apenas em relação às isenções já existentes antes de sua vigência - sendo todas as normas isentivas posteriores especiais em relação a ela. Essa solução não condiz com a vocação de uma norma antielisiva. Tal entendimento tornaria inócuas a previsão do art. 70 da Lei nº 9.430/96, de que a incidência atinge “a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta”.

Em suma:

A multa por rescisão de um contrato de afretamento deve se submeter à alíquota de 15% para fins de Imposto de Renda, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.430/96.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.940.975-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

ITBI

Incide ITBI sobre as operações de aquisição de imóveis para o patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário com emissão de novas quotas

ODS 16

A aquisição de imóvel para a composição do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, efetivada diretamente pela administradora do fundo e paga por meio de emissão de novas quotas do fundo aos alienantes, configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel para fins de incidência do ITBI, na forma do art. 35 do Código Tributário Nacional e 156, II, da Constituição Federal, ocorrendo o fato gerador no momento

da averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora no cartório de registro imobiliário.

STJ. 1ª Turma. ARESp 1.492.971-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 28/2/2023 (Info 765).

ITBI

ITBI significa imposto sobre transmissão inter vivos, sendo tributo de competência dos Municípios. Segundo o art. 156, II da CF/88, o ITBI será cobrado quando houver “transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”.

Ex: João vende uma casa a Pedro. Sobre essa transmissão, haverá a incidência do ITBI.

Fundo de Investimento Imobiliário (FII)

O Fundo de Investimento Imobiliário é uma forma de investimento por meio da qual o interessado adquire quotas desse fundo e, com os recursos obtidos, a administração do fundo aplica esse dinheiro em empreendimentos imobiliários que, se derem lucros, serão repassados aos cotistas.

Os Fundos de Investimento Imobiliário são regulados pela Lei nº 8.668/93.

Veja as características gerais dos FIIs:

“O sistema imposto pela Lei 8.668/1993 permite uma nova modalidade de investimento imobiliário em razão da criação dos fundos de investimento com lastro em imóveis.

Assim, as cotas valerão aquilo que vale a capacidade de o fundo propiciar rendimentos ao cotista. De fato, se bem administrado, o fundo representa vantagem ao cotista.

Todavia, se a administração for temerária, é evidente que o cotista, individualmente, pode estar desprotegido e amargar prejuízos.

Assim como o fundo pode render dividendos, pode, igualmente, dar prejuízo e, nesse caso, o cotista, que espera receber os rendimentos do seu capital, se verá na incômoda situação de arcar com os prejuízos do fundo na proporção de suas cotas na medida em que se sujeita ao pagamento de encargos e despesas do fundo (art. 47, IX, da Instrução Normativa nº 472/2008, da Comissão de Valores Mobiliários).

Outrossim, o cotista não pode esquecer que dispõe de um direito pessoal decorrente da cota de investimento e não de um direito real. Em outras palavras, não é proprietário do imóvel que, no caso, serve de lastro para o valor patrimonial das cotas.” (*Direito Imobiliário. Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 473-474).

Natureza jurídica dos FII

Os Fundos de Investimento Imobiliário se consubstanciam em figura *sui generis*, na medida em que não ostentam personalidade jurídica e, assim, não podem ser sujeitos de direitos e obrigações em seu próprio nome. Não obstante, captam recursos que são obrigatoriamente destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários por meio de administrador autorizado pela CVM.

Veja o que diz o art. 1º da Lei nº 8.668/93:

Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.

Administração do Fundo

A administração do Fundo de Investimento Imobiliário cabe à Instituição Administradora:

Art. 5º Os Fundos de Investimento Imobiliário serão geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, que deverá ser, exclusivamente, banco múltiplo

com carteira de investimento ou com carteira de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, ou outras entidades legalmente equiparadas.

Propriedade do imóvel vinculado ao Fundo

Os imóveis que compõem o Fundo de Investimento Imobiliário pertencem à Instituição Administradora. No entanto, existe uma peculiaridade jurídica. Isso porque esses bens não se comunicam com o patrimônio normal da Instituição Administradora. Conforme explica Luiz Antônio Scavone Júnior:

"A propriedade imobiliária, no caso de Fundos de Investimento Imobiliário, é peculiar na medida em que dotada de incomunicabilidade com o patrimônio da Instituição Administradora, ou seja, os imóveis administrados pela Instituição Administradora, embora estejam registrados em seu nome, não fazem parte do patrimônio dessa instituição por força de lei.

Isso significa que estão afetados à finalidade do fundo e não podem servir, por exemplo, para responder pelas dívidas da Instituição Administradora do fundo nos termos dos arts. 391 do Código Civil e 789 do Código de Processo Civil." (Direito Imobiliário. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 468).

Os imóveis ficam, portanto, na propriedade fiduciária da administradora do fundo, conforme prevê expressamente a Lei nº 8.668/93:

Art. 6º O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário.

Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

- I - não integrem o ativo da administradora;
- II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;
- III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;
- IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;
- V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;
- VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

Vale ressaltar que essa propriedade fiduciária em nome da administradora deverá ser averbada no cartório de registro imobiliário:

Art. 7º (...)

§ 1º No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

§ 2º No registro de imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação:

O Banco Modal, instituição financeira, foi contratado para administrar um Fundo de Investimento Imobiliário (FII).

O Fundo foi constituído mediante a incorporação de imóveis de empresas investidoras, em troca de quotas. Explicando melhor: imagine que a empresa Alfa tenha um grande galpão. Ela alienou esse imóvel ao Fundo e, como contrapartida, em vez de ser paga com dinheiro, recebeu quotas do Fundo.

O Fisco municipal cobrou ITBI sobre essa operação.

A instituição financeira administradora do fundo (Banco Modal) não concordou e impetrhou mandado de segurança pedindo para que fosse reconhecida a imunidade tributária referente ao ITBI incidente sobre as operações de integralização de imóveis pelo FII.

A impetrante defendeu que ela administradora do fundo não é a real proprietária dos imóveis. Ela apenas os detém em caráter fiduciário, como se fosse uma garantia. Logo, o que ocorreu foi apenas a cessão de direitos reais sobre o imóvel, como garantia. Diante disso, a situação se enquadra na hipótese de não incidência de ITBI prevista no art. 156, II, da CF/88 (parte cinza destacada):

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto os de garantia**, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

O STJ concordou com os argumentos da administradora do FII?

NÃO.

O STJ decidiu que incide Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) sobre as operações de aquisição de imóveis para o patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário com emissão de novas quotas.

A administração e a gestão do fundo (condomínio) e de seu patrimônio ficarão sob a responsabilidade da instituição administradora (art. 5º).

Cabe à entidade administradora a gestão e a administração dos bens por ela adquiridos em caráter fiduciário em nome do condomínio:

Art. 8º O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do fundo ou em assembléia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembléia de quotistas.

Com a transferência, a disposição dos bens passa a ser de responsabilidade exclusiva da administradora

A entidade administradora terá a atribuição exclusiva de dispor diretamente deste patrimônio conforme o interesse do fundo, conforme se observa pelo art. 9º da Lei, que determina que a disposição dos bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo, assim como a aquisição de novos bens a serem incorporados ao seu patrimônio, deve ser efetivada diretamente pela própria administradora:

Art. 9º A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo será efetivada diretamente pela instituição administradora, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e destaque de que tratam os § 1º e 2º do art. 7º.

Parágrafo único. Os recursos resultantes da alienação constituirão patrimônio do fundo.

Com a transferência, os quotistas não podem mais exercer qualquer direito real sobre os imóveis

Desse modo, verifica-se que, embora os bens adquiridos à universalidade de bens e vinculados à atividade do fundo sejam de propriedade de cada um dos titulares das quotas do condomínio - os quais gozarão dos direitos a elas inerentes na medida de suas quotas individuais -, não podem estes quotistas exercer diretamente qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes deste patrimônio:

Art. 13. O titular das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário:

I - não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes do patrimônio do fundo;
(...)

A propriedade fiduciária averbada no registro do imóvel em nome da entidade administradora é apenas o meio jurídico pelo qual se instrumentaliza o exercício da atribuição designada pela lei à administradora do fundo.

Nesse ponto, pode-se assumir a relação jurídica fiduciária firmada entre os quotistas do fundo e a administradora como uma relação jurídica fundada na confiança (fidúcia), com natureza de mandato oneroso (arts. 653 e 658, parágrafo único, do CC/2002 e art. 10, IV, da Lei nº 8.668/93) e com algumas especificações, como o fato de se firmar ex lege (art. 5º da Lei nº 8.668/93 e art. 657 do CC/2002), concedendo ao administrador poderes definidos na própria lei (art. 661 do CC/2002 e arts. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 8.668/93) e instrumentalizada pelo regulamento e pela obrigatoriedade averbação no registro imobiliário da propriedade fiduciária (arts. 10 e 11, e §§, da Lei nº 8.668/93 e art. 653, parte final, e 654 do CC/2002).

A averbação da propriedade fiduciária sobre o bem imóvel identifica o negócio jurídico fiduciário firmado entre o condomínio de quotistas (o fundo) e a administradora, por determinação legal e sem natureza de garantia (art. 1.368-A do CC/2002), mas com a finalidade específica de instrumentalizar a administração e disposição dos bens e direitos dos titulares das quotas.

Houve, portanto, a transferência da propriedade a título oneroso

Diante do exposto, verifica-se que a aquisição de imóvel para o patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, operacionalizada pela emissão de novas quotas do condomínio e efetivada diretamente pela administradora do fundo, configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel, caracterizadora de fato gerador do ITBI na forma do art. 35 do CTN e 156, II, da Constituição Federal, ainda que instrumentalizada pela averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora no registro imobiliário, momento em que se efetiva a obrigação tributária devida na operação.

Em suma:

A aquisição de imóvel para a composição do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, efetivada diretamente pela administradora do fundo e paga por meio de emissão de novas quotas do fundo aos alienantes, configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel para fins de incidência do ITBI, na forma do art. 35 do Código Tributário Nacional e 156, II, da Constituição Federal, ocorrendo o fato gerador no momento da averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora no cartório de registro imobiliário.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.492.971-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 28/2/2023 (Info 752).

CONTRIBUIÇÕES

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC 33/2001

ODS 16

O STF, ao julgar o Tema 495, decidiu que:

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001.

STF. Plenário. RE 630898/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 495) (Info 1012).

O STJ que, anteriormente, tinha entendimento em sentido diverso, teve que se alinhar à posição do STF e também passou a decidir que:

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001.

STJ. 2ª Turma. REsp 737.364-PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 28/3/2023 (Info 765).

Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)

O INCRA é uma autarquia federal, criada pelo Decreto-Lei nº 1.110/70 e que tem como finalidades:

- a) executar a reforma agrária;
- b) realizar o ordenamento fundiário nacional.

Contribuição destinada ao INCRA

Para que pudesse realizar suas atividades, foi destinado ao INCRA, por lei, o valor de 0,2% sobre a folha de salários das empresas. Vale ressaltar que essa contribuição é de responsabilidade de todas as empresas, independentemente do setor, ou seja, é paga tanto por empregadores rurais como urbanos.

Lei nº 7.787/89

A Lei nº 7.787/89 instituiu novas contribuições previdenciárias e revogou diversas que existiam na época, dentre elas, a contribuição para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL). Essa contribuição para o FUNRURAL era prevista no mesmo artigo que a contribuição destinada ao INCRA (art. 15, da LC 11/71). Em virtude disso, passou-se a defender que a Lei nº 7.787/89 teria revogado a contribuição destinada ao INCRA, substituindo-a pelas contribuições previdenciárias que instituiu. Para essa corrente, a contribuição destinada ao INCRA era uma espécie de “contribuição para o financiamento da seguridade social” e, como as contribuições para a seguridade social foram unificadas (para os trabalhadores urbanos e rurais), ela foi revogada, sendo substituída pelas outras contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS.

Como o Governo continuava cobrando tanto a contribuição destinada ao INCRA como também as contribuições destinadas ao INSS, algumas empresas que pagaram a contribuição destinada ao INCRA ingressaram com ações judiciais pedindo que fosse declarada a inexigibilidade desta contribuição e que os valores já pagos fossem compensados em relação aos débitos das demais contribuições previdenciárias. Invocavam, para tanto, o art. 66 da Lei nº 8.383/91:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

A jurisprudência acatou a tese?

NÃO. O entendimento que prevaleceu foi o de que a contribuição destinada ao INCRA, devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis nº 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991. Logo, não pode ser compensada com a contribuição destinada ao INSS.

A quantia revertida ao INCRA possui natureza jurídica de “contribuição de intervenção no domínio econômico” (CIDE), encontrando fundamento no art. 149 da CF/88. Não se trata, portanto, de contribuição previdenciária. Isso porque o INCRA nunca foi responsável pela prestação de serviços previdenciários ou de assistência social para os trabalhadores do campo. Sua finalidade sempre esteve ligada à reforma agrária. Desse modo, quando as Leis nº 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991 unificaram a Previdência dos trabalhadores rurais e urbanos em uma só (Previdência Social) e unificaram também o tratamento

legislativo das contribuições previdenciárias, elas não revogaram a contribuição destinada ao INCRA porque esta autarquia não tinha nenhuma relação com Previdência Social.

Não houve revogação expressa porque tais leis não fizeram menção expressamente aos dispositivos legais nos quais está prevista a contribuição para o INCRA; também não houve revogação tácita, uma vez que a CIDE e as contribuições previdenciárias são exações distintas, não sendo incompatíveis entre si.

O STJ editou uma súmula com essa conclusão:

Súmula 516-STJ: A contribuição de intervenção no domínio econômico para o Incra (Decreto-Lei nº 1.110/1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis nº 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.

Discussão sobre a recepção, ou não, dessa contribuição

Alguns contribuintes passaram a defender a tese de que a contribuição para o INCRA não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Segundo essa linha de argumentação, por força do art. 62 do ADCT, que determinou a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), as funções do INCRA, no que concerniam ao Serviço Social Rural, teriam sido atribuídas ao SENAR. E mais: as contribuições incidentes sobre a folha de salários teriam se tornado privativas da espécie referida no art. 195, I, da Constituição Federal (contribuições de seguridade social), ressalvadas tão só as destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, por força do art. 240 da Constituição Federal.

Além disso, os contribuintes alegaram que, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, teriam sido revogadas todas as contribuições instituídas pela União cujas bases de cálculo fossem distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional teria trazido substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência.

A tese dos contribuintes foi acolhida pelo STF?

NÃO. A contribuição devida ao Incra subsiste e tem natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE).

A contribuição ao Incra é especialmente destinada a concretizar os objetivos e valores previstos nos arts. 170, III e VII, e 184 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Por intermédio dessa contribuição, a autarquia promove o equilíbrio no domínio econômico e, consequentemente, a justiça social.

A finalidade da contribuição está em consonância com a determinação constante do art. 149 da CF/88 no sentido de que CIDE deve constituir instrumento de ingerência da União na ordem econômica:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Não descaracteriza a exação o fato de o sujeito passivo (empresa urbana ou agroindústria) não se beneficiar diretamente da arrecadação, até porque a inexistência de uma referibilidade direta não desnatura a CIDE, estando a instituição “jungida aos princípios gerais da atividade econômica”.

Registra-se que, por não se tratar de contribuição para a seguridade social, a parcela de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao Incra não foi suprimida com a Lei nº 7.787/1989, tampouco com a unificação dos regimes de previdência urbana e rural levada a cabo pela Lei 8.213/1991.

De igual modo, como o produto arrecadado com a contribuição ao Incra não é destinado a qualquer dos programas ou iniciativas da seguridade social definidos pelos arts. 194 e seguintes da CF, são inaplicáveis à hipótese as restrições próprias às respectivas contribuições de custeio.

A CIDE destinada ao Incra foi recepcionada pela CF/88, mesmo após o advento da EC 33/2001. A inserção do § 2º, III, “a”, no art. 149 da Constituição não tem o alcance de derrogar todo o arcabouço normativo das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico que incidiam sobre a folha de salários, quando da promulgação da referida emenda constitucional, instituídas com base no “caput” do art. 149. A EC 33/2001 e a EC 42/2003 promoveram relevantes modificações, introduzidas pelo poder constituinte derivado, que devem ser interpretadas como uma clara política de utilizar, no Sistema Tributário Nacional, a base econômica folha de salários de modo mais contido. O dispositivo constitucional em questão não impede que o legislador adote, como base econômica, a folha de salários. Uma exegese restritiva não se ajustaria à sistemática das contribuições interventivas, considerada a possibilidade de atuação concreta do Estado para a consecução dos princípios da ordem econômica a que alude o art. 170 da CF/88.

Contudo, caso se parta de premissa de que o rol das bases econômicas enunciadas no art. 149, § 2º, III, a, da CF/88 é taxativo, e não meramente enunciativo ou exemplificativo, vislumbra-se que a alteração constitucional orienta o legislador “para o futuro”. É de se conferir racionalidade ao processo de concretização das normas constitucionais. Não parece ter sido intenção do constituinte derivado, com a emenda, revogar, de pronto, a contribuição ao Incra e, durante o lapso de custeio, conferir mínima ou nenhuma efetividade aos valores e interesses constitucionais tutelados pelo Instituto. Esse entendimento é corroborado pela EC 42/2003 que prevê salutar substituição gradual das contribuições incidentes sobre a folha de salários instituídas com base no art. 195, I, “a”, da CF/88.

Em suma, a tese fixada pelo STF foi a seguinte:

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001.

STF. Plenário. RE 630898/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 495) (Info 1012).

O STJ que, anteriormente, tinha entendimento em sentido diverso, teve que se alinhar à posição do STF e também passou a decidir que:

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC n. 33/2001.

STJ. 2ª Turma. REsp 737.364-PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 28/3/2023 (Info 765).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É válido o negócio jurídico firmado por Diretor-geral de Clube de Futebol, por aplicação da Teoria da aparência, quando atuar em nome e no interesse do clube, em negócio jurídico que lhe gerou proveito econômico, ainda que não tenha poderes para representá-lo. ()
- 2) O compartilhamento de direitos econômicos relativos a atleta profissional de futebol por meio de cessão civil por entidade de prática desportiva é vedado pelo ordenamento jurídico. ()
- 3) Configura decisão extra petita a sentença que, reconhecendo a usucapião, determina a liquidação para individualizar a área usucapida, se não houve pedido expresso na inicial. ()
- 4) A cobertura de internação domiciliar, em substituição à internação hospitalar, deve abranger os insumos necessários para garantir a efetiva assistência médica ao beneficiário - insumos a que ele faria jus caso estivesse internado no hospital -, sob pena de desvirtuamento da finalidade do atendimento em domicílio, de comprometimento de seus benefícios e da sua subutilização enquanto tratamento de saúde substitutivo à permanência em hospital. ()
- 5) Plano de saúde tem o dever de reembolsar as despesas médico-hospitalares realizadas por beneficiário fora da rede credenciada na hipótese em que descumpre o dever de garantir o atendimento no mesmo município, ainda que por prestador não integrante da rede assistencial. ()
- 6) É lícita a peça publicitária em que o fabricante ou o prestador de serviço se autoavalia como o melhor naquilo que faz, prática caracterizada como puffing. ()
- 7) A intimação pessoal do autor da ação é obrigatória para a complementação das custas iniciais, restringindo-se à aplicação do cancelamento de distribuição estabelecida no art. 290 do CPC às hipóteses em que não é feito recolhimento algum de custas processuais. ()
- 8) Possui legitimidade para a propositura da ação rescisória de título judicial condenatório o terceiro, pessoa jurídica distinta daquela que sucedeu a parte ré no processo originário, indevidamente incluído no polo passivo na fase de cumprimento de sentença. ()
- 9) O dia do servidor público (28 de outubro), a segunda-feira de carnaval, a quarta-feira de Cinzas, os dias que precedem a sexta-feira da Paixão e, também, o dia de Corpus Christi não são feriados nacionais, em razão de não haver previsão em lei federal, de modo que deve a parte comprovar a suspensão do expediente forense quando da interposição do recurso, por documento idôneo. ()
- 10) A suspensão do cumprimento de sentença, em virtude da ausência de bens passíveis de excussão, por longo período de tempo, sem diligência por parte do credor, não configura suppressio, de modo que não obsta a fluência dos juros e da correção monetária. ()
- 11) A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.431/2017, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete à vara especializada em violência doméstica julgar as ações penais que apurem crimes envolvendo violência contra crianças e adolescentes, independentemente de considerações acerca do sexo da vítima ou da motivação da violência, ressalvada a modulação de efeitos realizada no julgamento do EAREsp 2.099.532/RJ. ()
- 12) A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. ()
- 13) Não incide a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 334 do Código Penal quando se tratar de descaminho praticado em transporte aéreo regular. ()
- 14) O fato de a mulher ter utilizado o próprio adolescente para a prática de crimes não obsta a concessão de prisão domiciliar prevista no art. 318-A do CPP (prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência). ()
- 15) Conforme a jurisprudência mais recente do STJ, o art. 385 do Código de Processo Penal é incompatível com o sistema acusatório e foi tacitamente derrogado pelo advento da Lei nº 13.964/2019, responsável por introduzir o art. 3º-A no Código de Processo Penal. ()

- 16) (Fundep/DPE/MG/Defensor/2019) Nos termos da lei processual penal, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, ainda que o promotor de justiça tenha sugerido a absolvição nas alegações finais, o juiz poderá proferir sentença condenatória. ()
- 17) No processo penal militar, o assistente de acusação não possui legitimidade para recorrer da sentença absolutória se o próprio Ministério Público tiver pedido a absolvição. ()
- 18) A multa por rescisão de um contrato de afretamento deve se submeter à alíquota de 15% para fins de Imposto de Renda, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.430/96. ()
- 19) A aquisição de imóvel para a composição do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, efetivada diretamente pela administradora do fundo e paga por meio de emissão de novas quotas do fundo aos alienantes, configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel para fins de incidência do ITBI, na forma do art. 35 do Código Tributário Nacional e 156, II, da Constituição Federal, ocorrendo o fato gerador no momento da averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora no cartório de registro imobiliário. ()
- 20) É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001. ()

Gabarito

1. C	2. E	3. E	4. C	5. C	6. C	7. C	8. E	9. C	10. C
11. C	12. C	13. E	14. E	15. E	16. C	17. E	18. C	19. C	20. C