

Informativo comentado: Informativo 827-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIÇOS PÚBLICOS

- A Lei nº 10.684/03, que estabelece prazo de 25 anos para concessões e permissões com possibilidade de prorrogação por 10 anos, aplica-se somente a contratos posteriores à sua publicação.
- Metrô pode exigir da empresa de telefonia retribuição financeira para que ela utilize cabos de fibra óptica nos túneis do metrô.

DIREITO CIVIL

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

- A quitação das obrigações perante o agente financiador do empreendimento imobiliário é necessária para a extinção do patrimônio de afetação.

CASAMENTO

- Mesmo na hipótese de separação legal obrigatória, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (art. 1.660, II, do CC).

DIREITO EMPRESARIAL

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

- A mera circunstância de um signo ser constituído, dentre outros elementos, por expressão de propaganda, é insuficiente para conduzir, automaticamente, à conclusão de que o sinal não preencha os pressupostos necessários para exercer a função de marca.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- Se a dívida originária à qual está atrelada a carta de fiança é anterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito está submetido aos seus efeitos, não importando a data em que se tornou exigível.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CONTESTAÇÃO

- Ainda que a parte ré seja vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, persiste seu interesse na adequação do valor da causa.

ASTREINTES

- A multa diária, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser executada: 1) após a sua confirmação pela sentença de mérito; e 2) desde que o recurso eventualmente interposto contra essa sentença não seja recebido com efeito suspensivo.

AÇÃO RESCISÓRIA

- Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral.

DIREITO PENAL

DOSIMETRIA DA PENA

- Se o tribunal acolheu recurso da defesa e retirou circunstância judicial negativa, a pena deverá ser obrigatoriamente reduzida?

CONCURSO DE CRIMES

- Os desígnios autônomos que caracterizam o concurso formal impróprio referem-se a qualquer forma de dolo, direto ou eventual.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANPP

- A confissão do acusado quanto à traficância em momento anterior, para ser beneficiado com a formalização de acordo de não persecução penal, não impede o reconhecimento do tráfico privilegiado.
- A recusa injustificada ou ilegalmente motivada do Ministério Pùblico em oferecer o acordo de não persecução penal autoriza à rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal.

TRIBUNAL DO JÚRI

- É possível a anulação de julgamento realizado pelo Tribunal do Júri quando o réu ficar sentado de costas para os jurados durante a sessão.

EXECUÇÃO PENAL (SAÍDA TEMPORÁRIA)

- A Lei 14.843/2024 restringiu a saída temporária; essa mudança não pode ser aplicada para crimes praticados antes da sua vigência (11/04/2024)

EXECUÇÃO PENAL (PROGRESSÃO DE REGIME)

- O simples fato de não ter sido concedido o benefício do tráfico privilegiado não é suficiente para se negar a progressão de regime especial do inciso V do § 3º do art. 112 da LEP.

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/COFINS

- Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral.

DIREITO ADUANEIRO

- A prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999 não se aplica às multas aduaneiras discutidas em processo administrativo fiscal.

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIÇOS PÚBLICOS

A Lei nº 10.684/03, que estabelece prazo de 25 anos para concessões e permissões com possibilidade de prorrogação por 10 anos, aplica-se somente a contratos posteriores à sua publicação

ODS 16

O art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.074/1995, após as modificações operadas pelo art. 26, da Lei nº 10.684/2003, o qual prevê que o prazo das concessões e permissões será de vinte e cinco anos, podendo ser prorrogado por dez anos, somente se aplica aos contratos firmados após a publicação da nova lei.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.038.245-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 20/8/2024 (Info 827).

Lei nº 9.074/95 e sua alteração pela Lei nº 10.684/2003

A Lei nº 9.074/95 estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. O art. 1º, VI, dessa Lei previu que:

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:
(...)
VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

Anos depois, foi editada a Lei nº 10.684/2003, que inseriu dois parágrafos no art. 1º da Lei nº 9.074/95:

Art. 1º (...)
§ 2º O prazo das concessões e permissões de que trata o inciso VI deste artigo será de vinte e cinco anos, podendo ser prorrogado por dez anos.
§ 3º Ao término do prazo, as atuais concessões e permissões, mencionadas no § 2º, incluídas as anteriores à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, serão prorrogadas pelo prazo previsto no § 2º.

Na prática, o que isso representou?

Houve duas alterações nas regras de concessões e permissões para que empresas privadas explorem portos secos:

- i) o aumento, para 25 anos, prorrogáveis por mais 10 anos, do prazo para as novas concessões; e
- ii) a prorrogação de todas as concessões e permissões que já estavam em vigor por mais 10 anos (art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.074/1995, com a redação dada pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003).

O que são Portos Secos?

São estações alfandegárias localizadas no interior, sob jurisdição alfandegária da Receita Federal, usados como intermediários para movimentação de cargas no interior do país. Também conhecidos como Estação Aduaneira Interior (EADI), nada mais são que depósitos alfandegados localizados em zona secundária, ou seja, longe dos portos organizados.

Ex: produtores agropecuários de Mato Grosso do Sul estão longe dos portos marítimos de Santos, logo, o porto seco localizado em Anápolis (GO) facilita o escoamento e exportação da produção.

Na prática, servem para agilizar a importação e a exportação de mercadorias. A criação desses portos secos depende de celebração de contratos com o poder público (concessões e permissões)

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação hipotética:

Em 24/03/2000, após vencer um processo licitatório, a empresa Alfa S.A. celebrou um contrato administrativo com a União para explorar o “porto seco” de Barueri, em São Paulo.

À época, as normas aplicáveis a esses contratos estavam previstas na Lei nº 9.074/95, que não estabelecia prazos mínimos ou máximos para a exploração de portos secos.

Assim, o contrato foi firmado com vigência de 10 anos, ou seja, com duração de março de 2000 a março de 2010.

Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 10.684/2003, foi definido um prazo de 25 anos para concessões e permissões, prorrogáveis por mais 10 anos.

Em razão dessa nova legislação, antes do término do prazo original, a Alfa e a União assinaram um aditivo contratual, prorrogando a vigência do contrato por mais 10 anos, ou seja, o contrato iria durar até março de 2020.

A fim de garantir a continuidade da prestação dos serviços, a Alfa solicitou uma nova prorrogação de 5 anos. No entanto, seu pedido foi negado pela autoridade competente.

Mandado de segurança

Inconformada com o indeferimento de seu pedido de prorrogação adicional, a Alfa impetrou mandado de segurança pedindo que fosse assegurado seu direito a mais uma prorrogação, a fim de que o contrato tivesse duração total de 25 anos.

A empresa argumentou que, de acordo com a Lei nº 10.684/2003, o contrato deveria ser estendido por esse período, independentemente de ter sido firmado antes da entrada em vigor da referida lei, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

A Alfa destacou que seu contrato, com duração total de 20 anos, estava em desacordo com o prazo mínimo de 25 anos previsto para permissionários de portos secos na legislação vigente.

Após seu pedido ser indeferido nas instâncias ordinárias, a empresa interpôs recurso especial. O STJ concordou com os argumentos da impetrante/recorrente?

NÃO.

O contrato firmado pela parte autora deve, a rigor, ser regido apenas pelas normas aplicáveis quando da formalização do negócio jurídico, em respeito à proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da CF/88). Para que sejam aplicadas as regras supervenientes, deve haver previsão expressa nesse sentido.

A Lei nº 10.684/2003 promoveu alterações nos §§ 2º e 3º do art. 1º da Lei nº 9.704/95, mas somente em relação ao §3º deixou expressamente consignado ser aplicável aos contratos firmados anteriormente (como o ora em exame).

Nesse caso a combinação dos fundamentos acima expostos permite concluir que:

- i) o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.074/1995, após as modificações operadas pelo art. 26, da Lei nº 10.684/2003, que prevê que o prazo das concessões e permissões será de vinte e cinco anos, podendo ser prorrogado por dez anos, somente se aplica aos contratos firmados após a publicação da nova lei (Lei nº 10.684/2003);
- ii) apenas a nova redação do art. 1º, §3º é aplicável aos contratos firmados anteriormente (como uma espécie de norma de transição), pelo que a parte autora faria jus exclusivamente à prorrogação do prazo contratual por dez anos, o que já aconteceu.

Assim, deve-se reconhecer que a prorrogação operada em 2010, que estendeu a vigência do contrato por mais 10 anos, até 2020, refere-se exatamente àquela prorrogação prevista em lei.

Vale ressaltar que o STF, ao julgar a ADI 3497, deu interpretação conforme ao art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.074/1995, acrescidos pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003, definindo, entre outras questões, que “com relação ao referido § 3º [...] eventual prorrogação observe o prazo máximo (prazo-limite) de 10 (dez) anos, podendo ser realizada, no caso concreto, por prazo menor se assim entender conveniente e oportuno o Administrador Público”.

Confira um resumo do que decidiu o STF:

É constitucional o prazo de 25 anos, prorrogável por até 10 anos, para a outorga a particulares de concessão ou de permissão dos serviços e das obras públicas de “portos secos”.

Todavia, esses períodos devem ser compreendidos como prazos máximos (ou prazos-limites), na medida em que é vedado ao legislador fixar uma duração contratual aplicável, de forma invariável e inflexível, a toda e qualquer concessão ou permissão.

É inconstitucional a prorrogação da vigência dos contratos de concessão ou de permissão dos “portos secos” cujas outorgas iniciais não forem antecedidas de procedimento licitatório. Essa prorrogação viola a regra da obrigatoriedade de prévia licitação (art. 175 da CF/88).

Ainda que a outorga inicial seja precedida de licitação, é inconstitucional a prorrogação direta e automática — por força de lei — da vigência dos contratos de concessão ou de permissão dos “portos secos”.

O STF modulou os efeitos da decisão para permitir que o Poder Público promova, no prazo máximo de 24 meses contados da data da publicação da ata deste julgamento, as licitações de todas as concessões ou permissões cuja vigência esteja amparada nos dispositivos mencionados e que estejam em desacordo com a interpretação ora conferida, findo o qual os respectivos contratos ficarão extintos de pleno direito.

STF. Plenário. ADI 3.497/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/06/2024 (Info 1141).

No caso concreto, como visto, o contrato da Alfa já foi prorrogado pelo prazo (máximo) de 10 (dez) anos, pelo que qualquer outra prorrogação implicará violação ao precedente de caráter vinculante do Supremo.

Em suma:

O art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.074/1995, após as modificações operadas pelo art. 26, da Lei nº 10.684/2003, o qual prevê que o prazo das concessões e permissões será de vinte e cinco anos, podendo ser prorrogado por dez anos, somente se aplica aos contratos firmados após a publicação da nova lei.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.038.245-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 20/8/2024 (Info 827).

SERVIÇOS PÚBLICOS**Metrô pode exigir da empresa de telefonia retribuição financeira para que ela utilize cabos de fibra óptica nos túneis do metrô**

ODS 9, 16 E 17

É legítima a retribuição financeira exigida por concessionária responsável pelos túneis do metrô em face de empresa privada prestadora de serviço de interesse público para a instalação de infraestrutura de telecomunicações, na forma do art. 11 da Lei nº 8.987/1995.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.990.245-SP, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Em 24 de março de 1999, a empresa de telecomunicações TIM, que presta serviços de internet e telefonia, celebrou contrato com o Metrô de São Paulo (Companhia do Metropolitano de São Paulo) para instalar cabos de fibra óptica nos túneis do metrô.

Esse contrato, que tinha duração de 20 anos, encerrou em 23 de março de 2019.

As partes iniciaram negociações para renovar o contrato, mas não se chegou a um acordo porque o Metrô queria cobrar R\$ 30 milhões e a TIM aceitava pagar R\$ 5 milhões.

Diante disso, a TIM ajuizou ação contra o Metrô.

Alegou que o valor exigido pela ré era descabido, considerando o disposto no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 (Lei Geral das Antenas), que trata da instalação de infraestrutura de telecomunicações:

Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.

Em palavras mais simples, a TIM alegou que:

- os túneis do metrô seriam “bens de uso comum do povo”;
- a Lei Geral das Antenas (Lei nº 13.116/2015) garante gratuidade para passagem de infraestrutura de telecomunicações em bens públicos de uso comum;
- o Decreto 10.480/2020 incluiu expressamente sistemas de transporte sobre trilhos nessa gratuidade.

O Metrô apresentou contestação argumentando que:

1) Os túneis são “bens de uso especial”, não de uso comum, pois:

- são destinados especificamente ao serviço de transporte;
- não permitem livre circulação de pessoas;
- têm acesso restrito a funcionários autorizados.

- 2) A Lei das Antenas só garante gratuidade para bens de uso comum (ruas, praças etc.);
- 3) O Decreto extrapolou seu poder regulamentar ao incluir sistemas sobre trilhos na gratuidade.

A controvérsia chegou ao STJ. Quem tem razão: a TIM ou o Metrô?

O Metrô.

Túneis do Metrô são bens públicos de uso especial

Os túneis do Metrô de São Paulo são bens públicos de uso especial, o que os diferencia dos bens de uso comum do povo, como ruas e praças. Isso porque os túneis do Metrô estão diretamente afetados à prestação de um serviço público específico (transporte subterrâneo de passageiros) e, por isso, não possuem as características necessárias para serem considerados bens de uso comum do povo.

Segundo o Código Civil (art. 99, II), os bens de uso especial são aqueles destinados à execução de serviços públicos, e não ao uso geral e indistinto da coletividade.

Os túneis do Metrô, ao serem restritos ao uso da operação do transporte público, se enquadram nessa categoria, diferentemente de vias públicas e faixas de domínio, que são bens de uso comum do povo.

A utilização dos túneis do Metrô é restrita a seus funcionários e ao serviço de transporte, não havendo livre acesso ao público em geral.

Inaplicabilidade do art. 12 da Lei 13.116/2015 (Lei das Antenas)

O art. 12 da Lei das Antenas, transcrito acima, isenta as empresas de telecomunicações de pagar pelo direito de passagem em bens públicos, como vias públicas e faixas de domínio.

Esse dispositivo somente se aplica a bens públicos de uso comum, e não a bens de uso especial.

Os túneis do Metrô, por serem enquadrados como bens de uso especial, estão fora da incidência do art. 12 da Lei das Antenas.

Os túneis do Metrô não têm as características que permitiriam sua inclusão na norma de gratuidade, como a ausência de restrições ao uso e o caráter isonômico para todos. Portanto, o direito de passagem gratuito não pode ser aplicado.

Necessidade de contraprestação Financeira

A cobrança de uma contraprestação financeira pela utilização dos túneis do Metrô pela TIM é legítima, uma vez que o uso desses túneis para a passagem de cabos de telecomunicação pode ser considerado uma forma de receita alternativa para a concessionária (Metrô). Isso ajuda a garantir a modicidade das tarifas cobradas dos usuários do serviço de transporte, o que é de interesse público.

O art. 11 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) prevê expressamente a possibilidade de concessionárias explorarem essas fontes de receita, desde que haja previsão contratual:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórios ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Impossibilidade de continuar o uso sem contrato

Para que a TIM possa continuar utilizando os túneis do Metrô, é necessário que um novo contrato seja firmado, estabelecendo as condições e o preço para tal utilização.

Ao permitir o uso contínuo sem um novo contrato, haveria violação de princípios fundamentais da administração pública, como a legalidade e a isonomia, que regem a atuação do poder público.

O uso de bens públicos, especialmente os de uso especial, requer uma cobertura contratual específica.

Distinção entre bens de uso especial e faixas de domínio

Os túneis do Metrô não se assemelham às faixas de domínio de rodovias, que são de uso mais amplo e público, e não se aplicam ao conceito de bens de uso comum. Ao contrário, eles têm uma finalidade exclusiva e restrita à operação do transporte público.

Além disso, o próprio Decreto nº 10.480/2020, que regulamentou a Lei Geral das Antenas, não pode extrapolar a definição legal dos bens de uso comum, ao tentar incluir obras subterrâneas como os túneis do Metrô entre aqueles com gratuidade no direito de passagem.

Por essa razão, o STJ entendeu que o decreto excedeu seu poder regulamentar ao tentar estender a gratuidade a bens que, pela própria natureza, não se enquadram na definição de bens de uso comum do povo.

Em suma:

É legítima a retribuição financeira exigida por concessionária responsável pelos túneis do metrô em face de empresa privada prestadora de serviço de interesse público para a instalação de infraestrutura de telecomunicações, na forma do art. 11 da Lei nº 8.987/1995.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.990.245-SP, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

DIREITO CIVIL

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A quitação das obrigações perante o agente financiador do empreendimento imobiliário é necessária para a extinção do patrimônio de afetação

ODS 16

O patrimônio de afetação é uma universalidade de direito criada para um propósito específico, sujeitando-se ao regime de incomunicabilidade e vinculação de receitas, com responsabilidade limitada às suas próprias obrigações. Após o cumprimento de sua finalidade e a quitação das obrigações associadas, o conjunto de direitos e deveres que o compõem é desafetado. O que restar é reincorporado ao patrimônio geral do instituidor, livre das restrições que o vinculavam ao propósito inicial.

Nos termos do art. 31-E, I, da Lei nº 4.591/1964, incluído pela Lei nº 10.931/2004, a extinção do patrimônio de afetação pressupõe, entre outras condições cumulativas, a comprovação da quitação integral do débito relacionado ao financiamento da obra perante a instituição financeira.

Assim, para a desconstituição do patrimônio de afetação, que visa assegurar a conclusão do empreendimento e proteger os adquirentes, é indispensável que todos os débitos financeiros assumidos para a execução da obra estejam plenamente liquidados.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.862.274-PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24/9/2024 (Info 827).

Para explicar o que foi decidido, é fundamental entendermos/relembarmos os conceitos de incorporação imobiliária, sociedade de propósito específico e patrimônio de afetação.

Incorporação imobiliária

Incorporação imobiliária é a atividade desenvolvida por um incorporador (pessoa física ou jurídica) por meio da qual ele planeja a construção de um condomínio com unidades autônomas (ex: um prédio com vários apartamentos) e, antes mesmo de iniciar a edificação, já aliena as unidades para os interessados e, com os recursos obtidos, vai construindo o projeto.

Desse modo, na incorporação imobiliária o empreendedor, com a venda antecipada das unidades autônomas, obtém o capital necessário para a construção do empreendimento.

Diz-se, portanto, que, na incorporação imobiliária, será necessária a “captação de poupança popular”.

Ocorre que, por inúmeros motivos, pode ser o empreendimento atrasar ou nunca fique pronto.

Assim, existe um risco real de que as pessoas que compraram o imóvel “na planta” percam todas as economias investidas. Isso já ocorreu no passado, como no caso da Encol, que foi uma das maiores empresas do ramo da construção civil no país e que entrou em ruína deixando centenas de empreendimentos inacabados.

Sociedade de propósito específico

Como uma forma de proteger os adquirentes, foi idealizada a figura da sociedade de propósito específico. A sociedade de propósito específico (SPE) é uma pessoa jurídica constituída com a finalidade única de executar um determinado projeto, tendo seu objeto social limitado a esse fim, que não pode ser alterado. No setor imobiliário, sua utilização deu origem aos grupos empresariais de incorporação imobiliária, nos quais a controladora cria sociedades de propósito específico para cada empreendimento que irá administrar, trazendo maior organização para o setor.

Assim, imaginemos a Direcional Engenharia, uma das maiores incorporadoras imobiliárias do país. Para cada empreendimento que ela irá desenvolver, ela constitui uma sociedade de propósito específico (SPE) que irá ser formada unicamente para executar o projeto.

Patrimônio de afetação

Apesar da maior organização dada pelas SPEs ao setor imobiliário, o caso Encol demonstrou que os mecanismos até então adotados eram ineficientes para trazer segurança aos adquirentes. Isso porque o problema estava principalmente no gasto do dinheiro arrecadado com outras dívidas que não estavam relacionadas com o empreendimento a ser construído.

Explicando melhor: a empresa lançava um empreendimento na planta, recebia os pagamentos pelas vendas efetuadas e, em vez de empregar os valores obtidos com o financiamento na construção daquela edificação, as quantias eram utilizadas para o pagamento de outros débitos.

Para resolver esse problema, a Lei nº 10.931/2004 idealizou a segregação (separação) do patrimônio, introduzindo a figura do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. Essa Lei acrescentou os arts. 31-A a 31-F à Lei nº 4.591/64 tratando sobre o patrimônio de afetação:

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

(...)

Vale ressaltar, conforme acima explicado, que a incorporação poderá, ou não, adotar o regime do patrimônio de afetação.

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação hipotética:

A Alfa Engenharia, atuante no setor de incorporação e construção imobiliária, tinha vários empreendimentos habitacionais financiados pela Caixa Econômica Federal (CEF).

Esses empreendimentos estavam sob o regime de patrimônio de afetação, conforme estabelecido pela Lei nº 10.931/2004.

Esse regime visa proteger os bens e direitos vinculados a uma incorporação, assegurando que esses recursos sejam utilizados exclusivamente para a conclusão do empreendimento e a entrega das unidades aos adquirentes.

Um dos empreendimentos da Alfa Engenharia foi o “Vila Pitangui”, cujas obras foram concluídas em setembro de 2013, momento em que foi emitido o habite-se.

Mesmo após a conclusão das obras, 26 unidades do empreendimento permaneciam sem venda. Em 18 de maio de 2018, após crise financeira, a Alfa Engenharia teve sua falência decretada e as unidades não vendidas do empreendimento “Vila Pitangui” foram incorporadas à massa falida da Alfa Engenharia. O juízo falimentar proferiu decisão afirmando que a proteção do patrimônio de afetação havia cessado em 2013, com a concessão do habite-se.

A CEF não concordou e interpôs agravo de instrumento contra a decisão alegando que o patrimônio de afetação do “Vila Pitangui” ainda estava vigente. A instituição financeira sustentou que, como as unidades não tinham sido totalmente vendidas e a obra não estava completamente quitada, o regime de afetação ainda deveria ser aplicado, e os bens arrecadados não deveriam fazer parte da massa falida.

Além disso, a CEF argumentou que os valores decorrentes da venda dessas unidades deveriam ser destinados prioritariamente ao pagamento das obrigações atreladas ao patrimônio de afetação.

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, entendendo que o patrimônio de afetação ainda estava vigente, pois as obrigações do incorporador com a CEF não tinham sido quitadas. Assim, as unidades não vendidas do “Vila Pitangui” não poderiam ser consideradas parte da massa falida.

Inconformada, a massa falida interpôs recurso especial alegando que patrimônio de afetação do empreendimento “Vila Pitangui” foi extinto em 2013, quando as matrículas das unidades foram individualizadas e o título de domínio foi registrado. Assim, as 26 unidades fariam parte do patrimônio da empresa.

O STJ deu provimento ao recurso da massa falida?

NÃO.

O patrimônio de afetação é uma universalidade de direito criada para propósito específico, sujeitando-se ao regime de incomunicabilidade e vinculação de receitas, com responsabilidade limitada às suas próprias obrigações.

Após o cumprimento de sua finalidade e a quitação das obrigações associadas, o conjunto de direitos e deveres que o compõem é desafetado. O que restar é reincorporado ao patrimônio geral do instituidor, livre das restrições que o vinculavam ao propósito inicial.

Nos termos do art. 31-E, I, da Lei nº 4.591/1964, incluído pela Lei nº 10.931/2004, a extinção do patrimônio de afetação pressupõe, entre outras condições cumulativas, a comprovação da quitação integral do débito relacionado ao financiamento da obra perante a instituição financeira.

Assim, para a desconstituição do patrimônio de afetação, que visa assegurar a conclusão do empreendimento e proteger os adquirentes, é indispensável que todos os débitos financeiros assumidos para a execução da obra estejam plenamente liquidados.

O patrimônio de afetação, conforme estabelecido pela referida lei, funciona como proteção jurídica que assegura que os recursos destinados à construção de um empreendimento imobiliário sejam utilizados exclusivamente para esse fim, afastando o risco de desvio de verbas para outros projetos ou finalidades. Dessa forma, a exigência de quitação do financiamento busca não apenas garantir a integridade financeira do projeto, mas também proteger os direitos dos adquirentes que confiaram na viabilidade econômica e jurídica da obra.

Em suma:

Para a extinção do patrimônio de afetação é necessária a quitação das obrigações constituídas perante o agente financiador do empreendimento imobiliário.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.862.274-PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24/9/2024 (Info 827).

CASAMENTO

Mesmo na hipótese de separação legal obrigatória, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (art. 1.660, II, do CC)

ODS 16

Caso hipotético: João e Regina viveram juntos em união estável por 20 anos. Depois de todo esse tempo, decidiram se casar. Ocorre que, quando casaram, João já tinha mais de 70 anos. Logo, eles tiveram que casar sob o regime da separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1.641, II, do Código Civil.

Três meses depois do casamento, Regina ganhou um prêmio da loteria no valor de R\$ 30 milhões. João nem teve tempo de usufruir do prêmio. Isso porque um mês depois de Regina receber o dinheiro, ele morreu.

Lucas e Pedro, filhos de João do primeiro casamento, iniciaram o inventário do falecido pai.

Os filhos de João, sabendo do prêmio de loteria, argumentaram que parte desse dinheiro deveria ser incluída no inventário, já que Regina e João viveram muitos anos juntos e, portanto, o prêmio seria um bem comum, mesmo com o regime de separação obrigatória. Eles pediram então ao juiz que incluisse o valor da loteria na divisão de bens.

O pedido foi acolhido pelo STJ.

O prêmio de loteria auferido por viúva casada sob o regime de separação legal obrigatória, antecedido de longo relacionamento em união estável, é bem adquirido por fato eventual (CC/2002, art. 1.660, II), reconhecido como patrimônio comum do casal, devendo ser partilhado segundo os valores existentes na data do falecimento, independentemente da avaliação sobre esforço comum.

STJ. 4ª Turma. REsp 2.097.324-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João e Regina viveram juntos em união estável por 20 anos. Depois de todo esse tempo, decidiram se casar. Ocorre que, quando casaram, João já tinha mais de 70 anos. Logo, eles tiveram que se casar sob o regime da separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1.641, II, do Código Civil:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

(...)

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

Três meses depois do casamento, Regina ganhou um prêmio da loteria no valor de R\$ 30 milhões. João nem teve tempo de usufruir do prêmio. Isso porque um mês depois de Regina receber o dinheiro, ele morreu.

Lucas e Pedro, filhos de João do primeiro casamento, iniciaram o inventário do falecido pai.

Os filhos de João, sabendo do prêmio de loteria, argumentaram que parte desse dinheiro deveria ser incluído no inventário, já que Regina e João viveram muitos anos juntos e, portanto, o prêmio seria um bem comum, mesmo com o regime de separação obrigatória. Eles pediram então ao juiz que incluisse o valor da loteria na divisão de bens.

Regina, por outro lado, contra-argumentou que o prêmio foi ganho exclusivamente por ela e que, devido ao regime de separação obrigatória de bens, João não teria direito àquele dinheiro. Ela afirmou ainda que não houve nenhum esforço conjunto para adquirir o prêmio, já que foi fruto da sorte.

O que decidiu o STJ? O prêmio da loteria deve ser reconhecido como patrimônio comum do casal? Esse prêmio deveria ser partilhado entre João e Regina? Os filhos de João terão direito de receber, como herança, parte do valor do prêmio?

SIM.

O STJ entende que, mesmo na hipótese de separação legal obrigatória, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de “bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior” (art. 1.660, II, do CC):

Art. 1.660. Entram na comunhão:

(...)

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

Assim, tratando-se de bem adquirido por fato eventual, o exame sobre a participação de ambos os cônjuges para sua obtenção (esforço comum) é desnecessário.

O prêmio da loteria, recebido pelo ex-companheiro, ainda que maior de 70 anos, deve ser objeto de partilha, considerando que haja vista que:

- i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um;
- ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade (art. 1.660, II);
- iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes;
- iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofende o objetivo da lei imposto pelo art. 1.641, II, do CC, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo falar em matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa.

Nesse sentido: STJ. 4ª Turma. REsp 1.689.152/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/10/2017.

Vale ressaltar, ainda, que, no caso concreto, o casamento de João e Regina deu-se após longo relacionamento em união estável, não se afigurando razoável que a mera formalização do vínculo matrimonial, em momento ulterior, torne mais rigoroso o regime de bens existente entre os cônjuges - porque desnecessária a proteção de qualquer dos nubentes nesse contexto e, sobretudo, sem que tenham manifestado de forma expressa o interesse em disciplinar o regime de bens de forma diversa daquela que até então vigorava - a comunhão parcial.

Dessa forma, necessário reconhecer a comunhão entre os cônjuges do prêmio de loteria obtido pela recorrida, cujos recursos - e os bens com eles adquiridos - devem integrar o monte partível, à situação verificada na data em que falecido o de cujus.

Em suma:

O prêmio de loteria auferido por viúva casada sob o regime de separação legal obrigatória, antecedido de longo relacionamento em união estável, é bem adquirido por fato eventual (CC/2002, art. 1.660, II), reconhecido como patrimônio comum do casal, devendo ser partilhado segundo os valores existentes na data do falecimento, independentemente da avaliação sobre esforço comum.

STJ. 4ª Turma. Processo em segredo de justiça, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24/9/2024 (Info 827).

DIREITO EMPRESARIAL**PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

A mera circunstância de um signo ser constituído, dentre outros elementos, por expressão de propaganda, é insuficiente para conduzir, automaticamente, à conclusão de que o sinal não preencha os pressupostos necessários para exercer a função de marca

ODS 16

O inciso VII do art. 124 da LPI prevê que não é registrável como marca “sinal ou a expressão empregada apenas como meio de propaganda”.

Vale ressaltar, contudo, que a interpretação desse dispositivo deve ser criteriosa e ele somente deve ser aplicado quando o caráter exclusivo de propaganda do sinal estiver evidenciado. Em outras palavras, somente é vedado o registro quando os signos empregados na marca servirem apenas/exclusivamente como meio de propaganda.

No caso concreto, o STJ afirmou que seria possível a empresa farmacêutica Theraskin poderia obter o registro da marca “THERASKIN Harmonia na pele”. Apesar de a expressão “harmonia na pele” ser um meio de propaganda, este não se revela determinante para caracterizar a marca em questão apenas como sinal de propaganda, sobretudo em razão da presença de outros elementos nominativos e figurativos aptos a conferir-lhe a distintividade necessária.

Logo, não se aplica, no caso, o art. 124, VII, da LPI.

STJ. 3^a Turma. REsp 2.105.557-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/8/2024 (Info 827).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Theraskin Farmacêutica Ltda. apresentou pedidos de registro de marcas mistas, constituídas da expressão “THERASKIN Harmonia na pele”, perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), visando ao registro nas classes 3 e 5 (internacional).

O INPI, contudo, indeferiu ambos os pedidos com base no argumento de que a marca consiste em um sinal ou expressão de propaganda, o que a torna irregistrável, nos termos do 124, inciso VII, da Lei de Propriedade Industrial (LPI):

Lei nº 9.279/1996

Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;

A empresa não concordou e ingressou com ação anulatória buscando a invalidação dos atos administrativos e a concessão dos registros.

O juiz federal julgou o pedido improcedente, sentença mantida pelo TRF da 2^a Região.

Ainda inconformada, a empresa interpôs recurso especial.

O STJ deu provimento ao recurso da empresa? É possível o registro dessa marca?

SIM.

A finalidade da proteção marcária – prevista no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da Lei 9.279/96 – é dupla:

- 1) proteger o titular contra usurpação, proveito econômico parasitário e desvio de clientela; e
- 2) evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto ou serviço ofertado (art. 4º, VI, do CDC).

No art. 124 da LPI encontram-se previstas as hipóteses em que o registro de marcas é vedado.

No que interessa ao caso concreto, destaca-se o que dispõe o inciso VII: não é registrável como marca “sinal ou a expressão empregada apenas como meio de propaganda”.

O Manual de Marcas do INPI estabelece que, para fins de aplicação da norma do art. 124, VII, da Lei 9.279/96, “considera-se que a proibição recai sobre aquelas expressões usadas apenas como meio de recomendar, destacar e/ou evidenciar o produto ou serviço que será identificado pelo sinal solicitado como marca”.

Também consta desse Manual que “a aplicação do inciso VII do art. 124 da LPI deve ser criteriosa, sendo aplicada apenas quando o caráter exclusivo de propaganda do sinal estiver evidenciado”.

Conclui-se, assim – seja do texto expresso da lei, seja da doutrina, seja das orientações técnicas do próprio INPI –, que a vedação ao registro recai sobre aqueles signos empregados apenas/exclusivamente como meio de propaganda.

O Manual de Marcas afirma, ainda, que “[n]a avaliação da condição de distintividade do sinal é considerada, em linhas gerais, a impressão gerada pelo conjunto marcário, em suas dimensões fonética, gráfica e ideológica, bem como a função exercida pelos diversos elementos que o compõem e seu grau de integração”.

Diante do exposto, a mera circunstância de um signo ser constituído por expressão de propaganda não pode conduzir, automaticamente, à conclusão de que o sinal, como um todo, não preencha os pressupostos necessários para exercer a função de marca.

O que se verifica do exame dos pedidos de registro efetuados pela empresa, em verdade, é que, apesar de o conjunto marcário conter, de fato, elemento com finalidade publicitária (representado pela expressão HARMONIA NA PELE), este não se revela determinante para caracterizar a marca em questão apenas como sinal de propaganda, sobretudo em razão da presença de outros elementos nominativos e figurativos aptos a conferir-lhe a distintividade necessária.

Além disso, consta dos autos que há diversas marcas cujo registro foi concedido pelo INPI e que são constituídas, como no caso concreto, por sinais ou expressões empregadas como meio de propaganda. Dentre os 51 registros trazidos nas razões recursais, destacam-se: MENINA LINDA MEU JEITO DE SER; HELPBELL CUIDADO SEMPRE; SWEET CARE CARINHO E CUIDADOS PARA A TERCEIRA IDADE; BEM ME QUER CUIDADOS COM VOCÊ; EXPRESSÃO ODONTOLOGIA & CUIDADOS DA FACE; UNDERBERG UM CÁLICE POR DIA DÁ SAÚDE E ALEGRIA; FESTA DO VAQUEIRO ALEGRIA DA VAQUEJADA; INVISÍVEL A MEIA DA LOBA; VIAJE CONTENTE VIAJE COM ESSO; NATURA BEM ESTAR BEM; AVON TODA MULHER; E QUALICORP - QUALIDADE DE VIDA NA SUA EMPRESA.

Segundo o Manual de Marcas, “A decisão quanto à registrabilidade do sinal marcário levará em consideração todos os fatores relevantes para o caso, a legislação e as normas em vigor, bem como as decisões administrativas e judiciais pregressas envolvendo signos ou circunstâncias idênticas ou semelhantes”. “O histórico de decisões do órgão forma um acervo valioso no auxílio ao exame da registrabilidade. Portanto, embora não sejam vinculantes, as decisões anteriores envolvendo sinais idênticos ou similares à marca em análise (do requerente do pedido ou de terceiros) serão observadas e consideradas, mesmo nos casos de pedidos ou registros que se encontrem arquivados ou extintos, com especial ênfase às decisões de segunda instância ou judiciais.”

Assim, o indeferimento do pedido de registro da marca em análise poderia resultar em afronta ao tratamento isonômico que deve ser conferido aos sujeitos quando em situações jurídicas análogas.

Em suma:

A mera circunstância de um signo ser constituído, dentre outros elementos, por expressão de propaganda, é insuficiente para conduzir, automaticamente, à conclusão de que o sinal não preencha os pressupostos necessários para exercer a função de marca.

STJ. 3^a Turma. REsp 2.105.557-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/8/2024 (Info 827).

O STJ, contudo, fez uma advertência: a empresa não terá direito de exclusividade quanto ao uso isolado da expressão HARMONIA NA PELE, pois sua configuração como sinal de propaganda torna-a insuscetível de apropriação. Faz-se necessário, assim, o apostilamento (“anotação” da restrição).

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Se a dívida originária à qual está atrelada a carta de fiança é anterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito está submetido aos seus efeitos, não importando a data em que se tornou exigível

ODS 16

Situação hipotética: em janeiro de 2016, Tecnogeradores Ltda. contratou um empréstimo com o Banco Bravo. Para garantir o empréstimo, um outro banco (Banco Alfa) emitiu carta de fiança. Assim, o Banco Alfa se comprometeu a pagar a dívida, caso a Tecnogeradores Ltda. não pagasse o empréstimo.

Em abril de 2018, a Tecnogeradores, antes que terminasse de quitar o empréstimo, ingressou com pedido de recuperação judicial.

Logo depois, em maio de 2018, ela deixou de pagar as parcelas do financiamento.

Com isso, o Banco Alfa, como fiador, em junho de 2018, teve que honrar o pagamento, ou seja, pagou R\$ 10 milhões para o Banco Bravo.

De acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, não estão sujeitos à recuperação judicial os créditos que foram constituídos após o pedido de recuperação.

O Banco Alfa, como fiador, pagou a dívida em nome da Tecnogeradores Ltda. Significa que o Banco Alfa tem agora um crédito para receber da empresa.

Se considerarmos que esse crédito surgiu em janeiro de 2016, o Banco teria que ficar sujeito à recuperação judicial. Se considerarmos que o crédito se constituiu apenas com o pagamento (junho de 2018), ele estaria fora da recuperação.

O STJ entendeu que o crédito surgiu no momento da contratação e, portanto, deve se submeter à recuperação judicial.

A data de existência do crédito para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial é a data de seu fato gerador, isto é, a data em que foi realizada a atividade negocial e não a data em que os valores se tornaram exigíveis.

Com a sub-rogação, o direito de crédito é repassado ao sub-rogado com todos os seus defeitos e qualidades. Se o credor originário tinha um crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, é isso o que ele tem a transferir ao fiador que pagou a dívida.

STJ. 3^a Turma. REsp 2.123.959-GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/8/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em janeiro de 2016, uma empresa chamada Tecnogeradores Ltda. contratou um empréstimo de R\$ 30 milhões para expandir suas operações. Esse empréstimo foi contraído junto ao Banco Bravo.

Para garantir o empréstimo, um outro banco (Banco Alfa) emitiu carta de fiança.

Assim, o Banco Alfa se comprometeu a pagar a dívida, caso a Tecnogeradores Ltda. não pagasse o empréstimo.

Em abril de 2018, a Tecnogeradores, antes que terminasse de quitar o empréstimo, ingressou com pedido de recuperação judicial.

Logo depois, em maio de 2018, ela deixou de pagar as parcelas do financiamento.

Com isso, o Banco Alfa, como fiador, em junho de 2018, teve que honrar o pagamento, ou seja, pagou R\$ 10 milhões para o Banco Bravo.

Banco Alfa pediu para receber de volta o valor sem se submeter aos efeitos da recuperação judicial

O Banco Alfa argumentou que não precisa habilitar esse crédito (R\$ 10 milhões) na recuperação judicial. Pediu para receber sem se submeter ao plano de recuperação.

A argumentação foi a seguinte:

O art. 49, caput, da Lei nº 11.101/2005 prevê:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Isso significa que não são submetidos aos efeitos do processo de soerguimento aqueles credores cujas obrigações foram constituídas após a data em que o devedor ingressou com o pedido de recuperação.

O fato gerador do crédito titulado pelo fiador é a data em que ele pagou a fiança.

Assim, como o Banco Alfa pagou a fiança depois que a recuperação havia sido pedida, seu crédito não estaria sujeito aos efeitos da recuperação.

O Banco Alfa invocou, em seu favor, o REsp nº 1.860.368/SP, julgado pela 3ª Turma do STJ em 05/05/2020 (Info 671).

O STJ concordou com os argumentos do Banco Alfa? O crédito que ele está pedindo pode ser recebido sem se submeter ao plano de recuperação?

NÃO.

De fato, no REsp nº 1.860.368/SP, o entendimento ali manifestado estaria em harmonia com o pedido formulado pelo Banco Alfa.

Contudo, a 3ª Turma do STJ decidiu rever essa posição.

Qual é a data da existência do crédito, para os fins do art. 49 da Lei nº 11.101/2005?

A data de existência do crédito para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial é a data de seu fato gerador, isto é, a data em que se realizou a atividade empresarial que deu origem ao crédito, não importando a data de sua liquidação ou vencimento.

Para o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, a data em que o crédito se tornará exigível é irrelevante. Tanto é assim que os créditos, ainda que ilíquidos, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial, prosseguindo as ações nas quais estejam sendo apurados perante os juízos originários, podendo ser realizado, inclusive, pedido de reserva (art. 6º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 11.101/2005).

No caso concreto, a empresa recuperanda contraiu o débito originário e contratou a carta de fiança bancária em janeiro de 2016, ou seja, antes do pedido de recuperação judicial, sendo esse o momento em que nasceu a relação jurídica de garantia. Esse é o vínculo jurídico e, portanto, a fonte da obrigação do devedor originário com o fiador.

Trata-se de atividade negocial realizada em momento anterior ao pedido de recuperação. Vale mencionar, no ponto, a doutrina de Alessandro Segalla:

“(...) Como já apontamos, o objeto da fiança não é a dívida do afiançado que porventura poderá surgir, mas sim a promessa de adimplemento do afiançado. A dívida do afiançado representa, no contrato de fiança, a sua causa pressuposta.” (Contrato de fiança. São Paulo: ed. Atlas, 2013, p. 16)

Assim, o pagamento feito pelo fiador e a subsequente exigência do valor por ele adimplido estão relacionadas com a execução do contrato de fiança e não com sua existência, o que é irrelevante para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial.

Se o marco fosse a data em que o fiador realizou o pagamento, dois fiadores da mesma dívida poderiam pagar em momentos diversos, estando o crédito de um submetido aos efeitos da recuperação, e o crédito do outro não.

Sub-rogação

Existe um outro argumento que deve ser considerado: o instituto da sub-rogação.

Uma vez realizado o pagamento pelo fiador, ele (fiador) se sub-roga nos direitos do credor (art. 831 do Código Civil), podendo exigir do devedor principal o pagamento ao qual foi obrigado.

No caso, ocorre a sub-rogação legal, prevista no art. 346, III, do Código Civil, em que o terceiro interessado paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado.

A sub-rogação, em regra, não extingue a relação obrigacional, ocorrendo apenas a substituição do polo ativo, com os mesmos objeto e sujeito passivo. Assim, transmite-se o crédito originário, do credor primitivo para o terceiro que paga.

Conclui-se, diante disso, que o crédito é o mesmo. O que alterou foi somente o credor.

Ademais, conforme dispõe o art. 349 do Código Civil, com a sub-rogação transfere-se ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias que o credor originário detinha contra o devedor principal e seus fiadores.

De fato, o instituto tem como principal objetivo operar um reforço de garantia de reembolso para o terceiro que realiza o adimplemento, garantindo a ele os mesmos direitos do credor originário.

Ensina Paulo Lôbo:

“(...) As vantagens da sub-rogação residem no fato de transferir ao novo credor todos os direitos, pretensões, ações e garantias que o primitivo credor detinha. Essa é sua função, porque o novo credor poderia ser afetado pelo inadimplemento do devedor. Mas o sub-rogado não terá mais direito sobre o devedor que o primitivo credor. Na sub-rogação legal, essas vantagens são limitadas ao montante que o novo credor tiver desembolsado para liberar o devedor; esse limite é apenas do valor sem afetar a natureza dos direitos, pretensões e ações que o credor exercia.” (Direito civil: obrigações. v.2. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, (11th edição). Editora Saraiva, 2023).

Retomando a clássica lição de que a noção de crédito envolve a troca de uma prestação atual por uma prestação futura, a partir de um vínculo jurídico existente entre as partes, verifica-se que a definição trata de uma relação jurídica pura, não cuidando de situações em que há sub-rogação, cessão de crédito, dação em pagamento ou outras formas de extinção indireta das obrigações.

Buscando-se fazer uma adaptação para a situação em apreço, em que há sub-rogação, tem-se que a prestação “atual” da relação de crédito originária foi satisfeita e a prestação futura daí decorrente, contraprestação, não foi adimplida, surgindo nesse momento a responsabilidade patrimonial (de natureza processual). O posterior pagamento, se for feito pelo devedor primitivo, extingue a obrigação. Se for feito pelo fiador, coloca-o na mesma posição do credor na relação originária que se perpetua.

A sub-rogação (decorrente da fiança) e o crédito exigido pelo sub-rogado (oriundo do vínculo originário) não são fruto de uma nova relação jurídica decorrente de uma outra prestação atual a ser trocada por uma prestação futura. O valor pago pelo fiador, e que agora é exigido por ele do devedor, é o crédito originário, pelo qual ele se comprometeu quando firmou o contrato de fiança.

Portanto, há apenas uma alteração no polo ativo da relação jurídica originária, sendo a data de pagamento condição de exigibilidade.

É possível concluir, diante disso, que se o credor originário tinha um crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, é isso o que ele tem a transferir ao sub-rogado. Não se trata de uma característica ligada à pessoa do sujeito sucedido, ou ao momento do pagamento, mas ao próprio direito de crédito, que é repassado com seus defeitos e qualidades.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Sacramone e Fernanda Neves Piva:

“(...) Em razão da sub-rogação, é irrelevante que o pagamento pelo terceiro tenha ocorrido após o pedido de recuperação judicial, já que, independentemente do momento do adimplemento, ele apenas substitui o credor originário num crédito que era caracterizado por estar sujeito à recuperação judicial.” (O Pagamento dos Débitos da Recuperanda: A Sub-Rogação e o Direito de

Regresso na Recuperação Judicial in: Processo Societário III. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2018, págs. 495 e 496).

Portanto, se a dívida originária à qual está atrelada a carta de fiança é anterior ao pedido, o crédito está submetido aos efeitos da recuperação judicial, não importando a data em que se tornou exigível, nem tampouco se o credor é o primitivo ou o terceiro que, pagando a dívida originária, sub-rogou-se nos direitos daquele.

Em suma:

Se a dívida originária à qual está atrelada a carta de fiança é anterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito está submetido aos seus efeitos, não importando a data em que se tornou exigível.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.123.959-GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/8/2024 (Info 827).

DOD PLUS – INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR

Atualize seus materiais porque está superado o entendimento firmado no STJ. 3ª Turma. REsp 1860368-SP, Rel. Min. Nancy Andrigi, julgado em 05/05/2020 (Info 671).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL**CONTESTAÇÃO**

Ainda que a parte ré seja vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, persiste seu interesse na adequação do valor da causa

ODS 16

Caso hipotético: em 2004, João vendeu, para Roberto, as quotas que possuía na sociedade empresária Alfa Ltda, incluindo o imóvel onde funcionava a empresa. Vale ressaltar, contudo, que Regina, sua esposa, não deu autorização (outorga uxória) para esta venda.

Em 2014, Regina faleceu. Seus herdeiros ajuizaram ação pedindo a nulidade do contrato de venda das quotas e do imóvel, alegando a falta da outorga uxória de Regina. Na petição inicial, atribuíram à causa o valor de R\$ 100 mil.

Roberto contestou o pedido e impugnou o valor da causa, apresentando laudo técnico demonstrando que o imóvel e a empresa valiam R\$ 4 milhões. Logo, esse deveria ser o valor da causa.

O juiz acolheu a impugnação e fixou em R\$ 4 milhões o valor da causa. Além disso, reconheceu que o direito dos herdeiros de Regina de pedir a anulação do negócio já havia decaído, pois se passaram mais de 4 anos.

Agiu corretamente o magistrado.

A impugnação ao valor da causa é questão processual que envolve a adequação do valor atribuído à demanda, com reflexos na fixação dos honorários advocatícios, das custas judiciais e na determinação da competência do juízo.

Trata-se, portanto, de matéria preliminar, cuja análise deve preceder a apreciação do mérito da demanda.

Ressalte-se que a fixação do valor da causa é matéria de ordem pública, podendo ser alterada inclusive de ofício pelo magistrado.

Por outro lado, a decadência diz respeito à perda do direito potestativo pela falta de seu exercício no respectivo prazo. É matéria de mérito, que demanda análise mais aprofundada

dos fatos e do direito aplicável ao caso, devendo ser apreciada em momento subsequente ao das questões processuais preliminares.

A despeito de a parte ré ter sido vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, mesmo assim persiste seu interesse na adequação do valor da causa.

STJ, 4ª Turma, REsp 1.857.194-MT, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2004, João vendeu, para Roberto, as quotas que possuía na sociedade empresária Alfa Ltda, incluindo o imóvel onde funcionava a empresa.

Vale ressaltar, contudo, que Regina, sua esposa, não deu autorização (outorga uxória) para esta venda.

Em 2014, Regina faleceu.

Seus herdeiros ajuizaram ação pedindo a nulidade do contrato de venda das quotas e do imóvel, alegando a falta da outorga uxória de Regina. Na petição inicial, atribuíram à causa o valor de R\$ 100 mil.

Roberto contestou o pedido e impugnou o valor da causa, apresentando laudo técnico demonstrando que o imóvel e a empresa valiam R\$ 4 milhões. Logo, esse deveria ser o valor da causa.

O juiz acolheu a impugnação e fixou em R\$ 4 milhões o valor da causa. Além disso, reconheceu que o direito dos herdeiros de Regina de pedir a anulação do negócio já havia decaído, pois se passaram mais de 4 anos.

Os autores interpuíram apelação.

O Tribunal de Justiça reformou parcialmente a sentença. O TJ afirmou que realmente houve a decadência.

Diante disso, para o TJ, sendo reconhecida a decadência, não haveria mais interesse de agir de se discutir o valor da causa. Logo, deveria ser mantido o valor fixado na inicial (R\$ 100 mil).

Roberto não concordou e interpôs recurso especial sustentando que, mesmo a parte ré sendo vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, persiste seu interesse na adequação do valor da causa.

O STJ concordou com Roberto?

SIM.

Segundo dispõem os arts. 293 e 337, III, § 5º, do CPC/2015, o réu pode, antes de discutir o mérito, impugnar o valor da causa indicado pelo autor na petição inicial:

Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

III - incorreção do valor da causa;

(...)

§ 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

(...)

A impugnação ao valor da causa é questão processual que envolve a adequação do valor atribuído à demanda, com reflexos na fixação dos honorários advocatícios, das custas judiciais e na determinação da competência do juízo.

Trata-se, portanto, de matéria preliminar, cuja análise deve preceder a apreciação do mérito da demanda. Ressalte-se que a fixação do valor da causa é matéria de ordem pública, podendo ser alterada inclusive de ofício pelo magistrado.

Por outro lado, a decadência diz respeito à perda do direito potestativo pela falta de seu exercício no respectivo prazo. É matéria de mérito, que demanda análise mais aprofundada dos fatos e do direito

aplicável ao caso, devendo ser apreciada em momento subsequente ao das questões processuais preliminares.

Observe-se que, a despeito de a parte ré ter sido vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, mesmo assim persiste seu interesse na adequação do valor da causa.

Vale ressaltar que, por configurar matéria preliminar à análise do mérito, a correção do valor da causa pelo magistrado, seja em resposta à provocação da parte, por meio de impugnação (CPC/2015, art. 293), ou ainda de ofício (CPC/2015, art. 292, § 3º), somente pode ocorrer até o momento da sentença.

Em suma:

Ainda que a parte ré seja vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, persiste seu interesse na adequação do valor da causa.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.857.194-MT, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

ASTREINTES

A multa diária, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser executada: 1) após a sua confirmação pela sentença de mérito; e 2) desde que o recurso eventualmente interposto contra essa sentença não seja recebido com efeito suspensivo

Importante!!!

ODS 16

O STJ, em 2014, ao julgar o Tema 743 (REsp 1.200.856), decidiu que a “multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC [1973], devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo”.

Esse entendimento permaneceu válido mesmo com o advento do CPC/2015.

A eficácia e a exigibilidade da multa não se confundem, sendo imediata a produção de efeitos das astreintes, devidas desde a fixação pelo juízo, porém com a exigibilidade postergada para após o trânsito em julgado da sentença de mérito que confirmar a medida.

O CPC/2015 não alterou o entendimento de que a multa diária, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1.883.876-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/11/2023 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina, aposentada da Caixa Econômica Federal, ingressou com ação contra o FUNCEF, fundo de pensão (previdência complementar) do qual fazia parte, alegando que seu benefício mensal estava sendo pago em valor inferior ao devido.

Com os documentos juntados com a petição inicial, ela conseguiu demonstrar que deveria receber R\$ 3 mil mensalmente, mas estava recebendo apenas R\$ 2 mil.

Em março de 2019, o juiz deferiu tutela provisória de urgência determinando que a FUNCEF:

- aumentasse imediatamente o benefício para R\$ 3 mil.
- fixou multa diária (astreintes) de R\$ 500,00 em caso de descumprimento.

A FUNCEF não cumpriu a determinação judicial, mantendo o pagamento no valor anterior.

Tentativa de execução provisória da multa

Após três meses de descumprimento, em junho de 2019, Regina formulou pedido de execução provisória das astreintes, que já somavam R\$ 45.000,00 (90 dias x R\$ 500,00).

Vale ressaltar que, neste momento, ainda não havia sentença confirmando a tutela provisória.

O juiz autorizou a execução provisória, mesmo sem haver sentença confirmando a tutela provisória.

Impugnação da FUNCEF

A FUNCEF apresentou impugnação ao cumprimento provisório, alegando, dentre outros argumentos, que não é possível executar provisoriamente multa fixada em decisão interlocutória.

A FUNCEF afirmou que essa decisão do magistrado está em confronto com o Tema 743 do STJ, na qual ficou decidido que:

A multa cominatória fixada em antecipação de tutela somente poderá ser objeto de execução provisória:

- após a sua confirmação pela sentença de mérito e;
- desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.

STJ. Corte Especial. REsp 1.200.856-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 1º/7/2014 (Recurso Repetitivo – Tema 743) (Info 546).

Contrarrazões à impugnação

Regina contra-argumentou alegando que:

- passou a existir previsão expressa no CPC/2015 permitindo essa execução provisória:

Art. 537 (...) § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

- desse modo, para Regina, com o CPC/2015, para se iniciar a execução provisória não mais seria necessário aguardar a prolação da sentença.

O STJ acolheu qual dos argumentos: o da FUNCEF ou de Regina?

O da FUNCEF.

Tema 743/STJ

Conforme vimos acima, o STJ, em 2014, fixou o entendimento de que a multa diária, “devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo” (STJ. Corte Especial. REsp 1.200.856-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 1º/7/2014. Recurso Repetitivo – Tema 743).

Vale ressaltar que o processo foi julgado na vigência do CPC de 1973 e fez remissão ao inciso art. 475-N do Código passado. O STJ, naquela época, afirmou que o termo “sentença”, previsto nos arts. 475-N, I, e 475-O do CPC/973, deveria ser interpretado de forma estrita, não ampliativa, razão pela qual era inadmissível a execução provisória de multa fixada por decisão interlocutória em antecipação dos efeitos da tutela, ainda que ocorra a sua confirmação por acórdão.

Ocorre que o CPC/2015 não fala mais em “sentença”, e sim em “decisão”. Compare:

CPC/1973	CPC/2015
Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:	Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
(...)

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;
(...)

Por essa razão, alguns afirmaram que o Tema 743/STJ teria ficado superado com o CPC/2015. O STJ, contudo, não concordou com isso.

O entendimento firmado no Tema 743/STJ não foi superado com o CPC/2015

O CPC/2015 não dispensou a confirmação da multa (obrigação condicional) pelo provimento final (art. 515, I). Não houve modificação desse entendimento da Corte Especial com o advento do novo CPC.

Permitir a exigibilidade imediata das astreintes (multas) independentemente da sentença faz com que o processo foque nos valores acessórios, como as próprias astreintes, em vez da obrigação principal. Isso acaba gerando mais impugnações e recursos, atrasando a resolução do processo e causando tumulto processual. Assim, ao permitir o cumprimento provisório da decisão, sacrifica-se a celeridade processual. Cobrar a multa logo após o descumprimento sobrecarrega indevidamente o patrimônio da parte, pois a multa está pendente de condição resolutiva.

Impedir a execução provisória da multa não prejudica o cumprimento da obrigação nem enfraquece a decisão judicial, já que a multa está prevista na decisão e começa a valer a partir do descumprimento. Além disso, se a parte insistir em não cumprir, o juiz pode até aumentar o valor da multa.

Art. 537, § 3º do CPC/2015 não autoriza a execução provisória das astreintes

O art. 537, § 3º do CPC/2015 prevê:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.
(...)

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Esse dispositivo legal não acabou com a obrigatoriedade de que se espere a sentença confirmando a decisão liminar. Esse dispositivo tratou apenas de dizer que o levantamento do valor somente pode ser feito após o trânsito em julgado.

Em suma:

O CPC/2015 não alterou o entendimento de que a multa diária, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1.883.876-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/11/2023 (Info 827).

AÇÃO RESCISÓRIA

Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral

ODS 16

Em 15/03/2017, o STF decidiu, no Tema 69 (RE 574.706/PR), que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

Em 23/02/2018, a empresa Alfa Ltda, com base nesse Tema 69, ingressou com ação contra a União pedindo que fosse reconhecido que a Fazenda Nacional não pode incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a consequente compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O pedido foi julgado procedente e ficou reconhecido, em favor da empresa, o direito à restituição/compensação desde 23/02/2013.

Essa sentença favorável à empresa Alfa transitou em julgado em 20/08/2020.

Em 13/05/2021, o STF, ao julgar embargos de declaração, modulou os efeitos da decisão anterior proferida no Tema 69. Na modulação, o STF afirmou que os efeitos da exclusão do ICMS destacado somente se operam após 15/03/2017.

Em razão disso, em 13/07/2022, a Fazenda Nacional ingressou com ação rescisória, objetivando desconstituir o acórdão naquilo que ultrapassou os limites do que fora decidido pelo STF na modulação.

O pedido da ação rescisória deve ser julgado procedente.

O art. 535, §§ 5º e 8º, do CPC/2015 estabelece uma hipótese específica para a ação rescisória, admitindo seu cabimento nos casos em que o cumprimento de sentença é oriundo de decisão transitada em julgado que acabe contrariando a posição vinculante que venha a prevalecer posteriormente no STF, permitindo que se desconstituam decisões que, embora tenham seguido entendimento consolidado à época, ficaram em descompasso com novas orientações fixadas pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, como na espécie.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.054.759-RS e REsp 2.066.696-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. para o acórdão Min. Gurgel de Faria, julgados em 11/9/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1245) (Info 827).

VAMOS RELEMBRAR O QUE O STF DECIDIU NO TEMA 69

Os chamados PIS e COFINS são duas diferentes “contribuições de seguridade social”, instituídas pela União. Atualmente, o PIS é chamado de PIS/PASEP.

PIS/PASEP

O sentido histórico dessas duas siglas é o seguinte:

- PIS: Programa de Integração Social.
- PASEP: Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público.

O PIS e o PASEP foram criados separadamente, mas desde 1976 foram unificados e passaram a ser denominados de PIS/PASEP.

Segundo a Lei nº 10.637/2002, a contribuição para o PIS/Pasep incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

COFINS

Significa Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

A COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) é uma espécie de tributo instituída pela Lei Complementar 70/91, nos termos do art. 195, I, “b”, da CF/88.

A COFINS incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (art. 1º da Lei nº 10.833/2003).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa “XX” (vendedora de mercadorias) é contribuinte de PIS/COFINS.

Com as mercadorias vendidas em maio, o total das receitas auferidas pela empresa no mês foi R\$ 100 mil. O fisco cobrou o PIS/PASEP e COFINS com base nesse valor (alíquota x 100 mil = tributo devido).

A empresa não concordou e afirmou que, dos R\$ 100 mil que ela recebeu, ficou apenas com R\$ 75 mil, considerando que R\$ 25 mil foram repassados ao Estado-membro a título de pagamento de ICMS.

Em suma, para a empresa, a quantia paga a título de ICMS não pode ser incluída na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS.

A tese da empresa foi acolhida pelo STF?

SIM. O ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

STF. Plenário. RE 574706/PR, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 15/3/2017 (Repercussão Geral – Tema 69) (Info 857).

A inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturariam ICMS, o que não ocorre.

O ICMS apenas circula pela contabilidade da empresa, ou seja, tais valores entram no caixa (em razão do preço total pago pelo consumidor), mas não pertencem ao sujeito passivo, já que ele irá repassar ao Fisco. Em outras palavras, o montante de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do DF.

Dessa forma, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento (nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa. Por essa razão, não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS ou a COFINS.

Qual a posição do STJ sobre o tema?

O STJ possuía entendimento consolidado em sentido contrário, mas, diante da decisão do STF em repercussão geral, teve que se curvar à posição do Supremo. Assim, o STJ decidiu que:

Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.100.739-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 27/02/2018 (Info 621).

Modulação dos efeitos

Ao apreciar embargos de declaração opostos contra o acórdão, o STF decidiu modular os efeitos da decisão proferida no RE 574706 ED/PR. Veja o que ficou assentado:

A tese, com repercussão geral, fixada no julgamento do RE 574706 (“O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”) produz efeitos a partir de 15/3/2017 (data da sessão de julgamento), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

STF. Plenário. RE 574706 ED/PR, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 13/5/2021 (Info 1017).

A atual incidência da sistemática de repercussão geral, com efeitos *erga omnes* e vinculante aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário, recomenda o balizamento dos efeitos do que decidido no processo, para preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários, ressalvados os casos ajuizados até a data da sessão de julgamento, em 15.3.2017.

A boa-fé, a confiança e a segurança jurídica são princípios fundamentais subjacentes à prospecção dos efeitos das decisões judiciais modificadoras da jurisprudência até então dominante (v. Informativos STF 856 e 857). Por isso, a modulação também pode ser aplicada a casos em que a modificação na orientação jurisprudencial ocorre em desfavor da Fazenda Pública.

O planejamento fazendário deu-se dentro de legítimas expectativas traçadas de acordo com a interpretação até então consolidada pelo STJ, inclusive em sede de recurso repetitivo.

VAMOS AGORA ENTENDER O STJ DECIDIU NO TEMA 1245

Tema 69 STF/RG

Vimos acima que, em 15/03/2017, o STF decidiu, no Tema 69 (RE 574.706/PR), que:

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

STF. Plenário. RE 574706/PR, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 15/3/2017 (Repercussão Geral – Tema 69) (Info 857).

Ação proposta por empresa com base no Tema 69

Pouco tempo depois, em 23/02/2018, a empresa Alfa Ltda ingressou com ação contra a União pedindo que fosse reconhecido que a Fazenda Nacional não pode incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a consequente compensação dos valores indevidamente recolhidos.

A ação foi baseada no que o STF decidiu no Tema 69.

O pedido da empresa foi julgado procedente.

A sentença foi confirmada pelo TRF4, que afirmou que o ICMS destacado nas notas fiscais não deve integrar a base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS. O TRF determinou que a União fizesse a restituição ou compensação dos valores indevidamente pagos, respeitada a prescrição quinquenal.

Como a ação foi proposta em 23/02/2018, a autora teria direito à restituição/compensação dos valores desde 23/02/2013.

Essa sentença favorável à empresa Alfa transitou em julgado em 20/08/2020.

STF modulou os efeitos do Tema 69

Vimos acima também que, em 13/05/2021, o STF, no julgamento de embargos declaratórios, modulou os efeitos da decisão anterior proferida no Tema 69 (RE 574.706/PR).

Na modulação dos efeitos, o STF afirmou que os efeitos da exclusão do ICMS destacado somente se operam após 15/03/2017, salvo ações judiciais e administrativas protocoladas até 15/03/2017, inclusive.

A tese, com repercussão geral, fixada no julgamento do RE 574706 (“O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”) produz efeitos a partir de 15/3/2017 (data da sessão de julgamento), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

STF. Plenário. RE 574706 ED/PR, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 13/5/2021 (Info 1017).

Comparando o que foi decidido em favor da empresa Alfa com o que o STF decidiu na modulação

Em 20/08/2020: a empresa Alfa ganhou, com trânsito em julgado, o direito à restituição/compensação desde 23/02/2013.

Em 13/05/2021: o STF afirmou que os contribuintes somente teriam direito à restituição/compensação a partir de 15/03/2017.

Veja, portanto, que o acórdão da ação proposta pela empresa Alfa está em desacordo com a modulação dos efeitos do STF.

Ação rescisória

Em razão disso, em 13/07/2022, a Fazenda Nacional ingressou com ação rescisória, objetivando desconstituir o acórdão naquilo que ultrapassou os limites do que fora decidido pelo STF na modulação. Na petição inicial da rescisória, a União argumentou que o acórdão rescindendo estaria em desacordo com a orientação dada pelo STF porque autorizou a restituição ou compensação dos valores indevidamente pagos desde 2013, e não 15/03/2017.

Em suma, a Fazenda Nacional ajuizou a ação rescisória para rescisão do acórdão a fim de que, em re julgamento da apelação interposta, fosse dado parcial provimento para, adequando-se ao entendimento do STF no RE 574.706/PR (Tema 69/STF), em sede de modulação de efeitos, reconhecer a existência de relação jurídico-tributária e, por conseguinte, a ausência do direito, quanto aos fatos geradores anteriores a 15/03/2017.

A ação foi proposta perante o TRF4.

Contestação invocando a Súmula 343 do STF

Citada, a empresa contestou o pedido.

Alegou, entre outros fundamentos, que a ação rescisória não deveria ser conhecida por ser incabível, ante a previsão contida na Súmula 343 do STF:

Súmula 343-STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

A empresa argumentou o seguinte:

- quando a decisão rescindenda foi proferida (em 18/12/2018), essa decisão estava em total harmonia com a posição do STF;
- somente após o trânsito em julgado do acórdão favorável à empresa foi que surgiu essa nova decisão do STF;
- somente o controle concentrado de constitucionalidade afastaria a incidência da Súmula 343 do STF, o que não é o caso dos autos.

A discussão chegou até o STJ. A ação rescisória foi julgada procedente?

SIM.

Não é possível dizer que, no presente caso, caiba ação rescisória com base no art. 966, V, do CPC:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica;

Isso porque, no momento do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, a “norma jurídica” (precedente) tida por “violada” nem sequer teria se aperfeiçoado integralmente.

Por outro lado, é possível sim reconhecer que cabe ação rescisória com base no art. 535, §§ 5º e 8º.

Art. 535 (...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

(...)

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O § 8º do art. 535 do CPC deve ser considerado como uma hipótese específica de ação rescisória, admitindo seu cabimento nos casos em que há decisão transitada em julgado que acabe contrariando a posição vinculante que venha a prevalecer posteriormente no STF, como no caso concreto.

Em outras palavras, o dispositivo tem o objetivo de permitir a revisão de decisões que, embora tenham seguido entendimento consolidado à época, ficaram em descompasso com novas orientações fixadas pelo STF no âmbito do controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso).

O § 5º do art. 535 assegura que as decisões judiciais estejam alinhadas com os entendimentos atuais e vinculantes do STF, evitando o conflito entre coisas julgadas e a autoridade das decisões da Suprema Corte. Observe-se que o § 8º do art. 535 não limita o cabimento da rescisória aos casos em que o STF declara a inconstitucionalidade de determinada norma, mas abrange espectro mais amplo. Tanto é assim, que, no RE 611.503 (Tema 360 da sistemática da repercussão geral), o STF decidiu que:

São constitucionais o parágrafo único do art. 741 e o § 1º do art. 475-L do CPC/1973, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/2015 (art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14; e art. 535, § 5º).

São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que:

- a) a sentença exequenda (“sentença que está sendo executada”) esteja fundada em uma norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou
- b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e
- c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda.

STF. Plenário. RE 611503/SP, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 20/9/2018 (repercussão geral) (Info 916).

No referido precedente, extrai-se do voto do relator que, “em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, da qual a constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte”.

A decisão que se pretende rescindir no caso concreto (acórdão do TRF4) está revestida do supracitado vício (de inconstitucionalidade qualificada), visto que não está em harmonia com parte dos efeitos produzidos pelo Tema 69 do STF.

Em outras palavras, o acórdão do TRF4 está:

- a) em relação à modulação dos efeitos (parte integrante do precedente), aplicando a norma em sentido divergente da determinação vinculante do STF;
- b) em última análise, ofendendo a “supremacia da Constituição”, a qual é preservada nos julgamentos do Supremo em controle de constitucionalidade;
- c) sob essa perspectiva, aplicando norma (precedente) em sentido “inconstitucional”.

Não se aplicam a Súmula 343 do STF e o Tema 136 do STF no caso

Relembrando que a Súmula 343 do STF preconiza:

Súmula 343-STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

O Tema 136, por sua vez, prevê:

Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.

O Verbete nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma,

mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

STF. Plenário. RE 590809, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22/10/2014.

Não se aplicam por duas razões:

1) a Súmula e o Tema estão relacionados com a hipótese de rescisória do art. 966, V, do CPC (e não com a hipótese de rescisória do art. 535, §§ 5º e 8º, do CPC).

O contexto no qual a orientação neles contida (na súmula e no precedente) foi forjada está associado à tradicional hipótese de cabimento da rescisória por ofensa a “literal disposição de lei” (antigo 485, V, do CPC/1973, atualmente “violar manifestamente norma jurídica”), e não à hipótese de rescisão por coisa julgada constitucional.

Aliás, a previsão do art. 535, §§ 5º e 8º, é posterior à Súmula 343 do STF e ao Tema 136 do STF, o que reforça a ideia tratada de que a Súmula e o Tema não “dialogaram” com esses dispositivos.

2) no Tema 136, o STF se limitou a excepcionar a aplicação da súmula aos casos em que existente controle concentrado de constitucionalidade. Ocorre que é necessário que Tema seja interpretado à luz do atual contexto do ordenamento jurídico.

O STF tem dados sinais claros de aproximação dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, a admitir que as decisões proferidas neste último (controle difuso) também excepcionem a aplicação da Súmula 343 do STF.

Em suma:

Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral.
STJ. 1ª Seção. REsp 2.054.759-RS e 2.066.696-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. para o acórdão Min. Gurgel de Faria, julgado em 11/9/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1245) (Info 827).

DIREITO PENAL

DOSIMETRIA DA PENA

Se o tribunal acolheu recurso da defesa e retirou circunstância judicial negativa, a pena deverá ser obrigatoriamente reduzida?

Importante!!!

ODS 16

É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença.

Vale ressaltar, contudo, que não haverá reformatio in pejus se o Tribunal de segunda instância, mesmo em recurso exclusivo da defesa:

a) fizer a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial; ou

b) fizer o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.058.971-MG, REsp 2.058.976-MG e REsp 2.058.970-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 28/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1214) (Info 827).

O STJ, no Tema 1214, fixou a seguinte tese:

É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença. Todavia, não implicam reformatio in pejus a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial, nem o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença.

STJ. 3^a Seção. REsp 2.058.971-MG, REsp 2.058.976-MG e REsp 2.058.970-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 28/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1214) (Info 827).

Para fins didáticos, penso que é possível dividir essa Tese em três partes. Vejamos:

1) SE O TRIBUNAL ACOLHEU RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA E RETIROU CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA, A PENA DEVERÁ SER REDUZIDA

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi denunciado por furto qualificado, nos termos do art. 155, § 4º, I, do Código Penal:

Art. 155 (...)

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

(...)

O juiz prolatou sentença condenatória.

Na dosimetria da pena, o magistrado fixou a pena-base de João em 3 anos de reclusão (acima do mínimo legal de 2 anos), por ter reconhecido três circunstâncias judiciais negativas:

1. Culpabilidade (grau de reprovação da conduta);
2. Antecedentes criminais (outras condenações anteriores);
3. Conduta social (comportamento na sociedade).

O Ministério Público não recorreu.

João interpôs apelação alegando que a conduta social não poderia ter sido considerada negativa, pois não havia provas concretas nos autos que justificassem essa valoração. O juiz fez meras ilações.

O Tribunal de Justiça concordou com a defesa e afastou a conduta social como circunstância judicial negativa.

Apesar disso, mesmo afastando uma das três circunstâncias negativas, o Tribunal manteve a mesma pena de 3 anos, argumentando que as outras duas circunstâncias (culpabilidade e antecedentes) já seriam suficientes para manter a reprimenda naquele patamar.

Agiu corretamente o Tribunal de Justiça?

NÃO. No Tema 1214, o STJ fixou a seguinte regra geral:

É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença.

Ao não reduzir proporcionalmente a pena, o Tribunal violou o princípio ne reformatio in pejus, previsto no art. 617 do CPP:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se debruçar sobre o tema adotando o seguinte entendimento:

É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida na sentença condenatória. STJ. 3^a Seção. EREsp 1.826.799-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acad. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 08/09/2021, DJe 08/10/2021 (Info 713).

O Tribunal de Justiça manteve a pena no mesmo quantum. Ainda assim, houve reformatio in pejus?

SIM.

Conforme explica o Min. Rogério Schietti:

“Embora seja a sua expressão mais evidente e conhecida, a reformatio in pejus não deve ser vista apenas sob o prisma quantitativo, isto é, no sentido de que o tribunal pode fazer tudo no julgamento do recurso defensivo desde que não aumente a pena global fixada pela instância de origem.

Já há longa data é reconhecida a existência do que se poderia chamar de reformatio in pejus qualitativa, que pode ocorrer mesmo quando a pena final imposta ao acusado resulte igual ou até menor do que a anteriormente fixada.

(...)

Deveras, a reformatio in pejus não ocorre somente quando se ultrapassa, em recurso exclusivo da defesa, a pena geral estabelecida pela instância a quo, mas também quando se valora negativamente circunstância antes não considerada ou se dá peso maior a circunstância já considerada negativa pelo órgão a quo, ainda que a pena final se mantenha inalterada ou até mesmo fique em patamar inferior.”

2) O TRIBUNAL PODE FAZER A CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DE UM FATO JÁ VALORADO NEGATIVAMENTE PELA SENTENÇA PARA ENQUADRÁ-LO COMO OUTRA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro foi condenado em 1^a instância pela prática de roubo.

O juiz, na primeira fase da dosimetria, fixou a pena em 4 anos e 6 meses argumentando que a personalidade de Pedro era uma circunstância judicial negativa considerando que o réu já tinha sido condenado antes por furto, o que demonstraria a sua “personalidade voltada para o crime”.

Agiu corretamente o juiz na dosimetria?

NÃO.

A existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime.

Condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade do agente.

STJ. 6^a Turma. HC 472.654-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/02/2019 (Info 643).

O MP não recorreu.

O condenado, por sua vez, interpôs apelação para o Tribunal de Justiça.

No recurso, a defesa alegou justamente que a existência de condenação anterior não poderia ser considerada como personalidade negativa.

O Tribunal de Justiça concordou com o argumento do réu?

SIM.

O TJ afirmou que a condenação criminal do réu que não foi utilizada para caracterizar a reincidência não pode ser utilizada para desvalorar a personalidade do agente.

Ocorre que o TJ argumentou que essa condenação criminal do réu poderia ser enquadrada como “maus antecedentes” (art. 59 do CP).

Desse modo, o TJ corrigiu a classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença (existência de condenação anterior) para enquadrá-lo como outra circunstância judicial (deixou de ser “personalidade” e passou a ser “maus antecedentes”).

Em razão disso, o TJ manteve a pena fixada, mas com fundamento diferente do que foi adotado na sentença.

O TJ poderia ter feito isso?

SIM.

No Tema 1214, o STJ decidiu que:

Não implica reformatio in pejus a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial.

3) O TRIBUNAL PODE REFORÇAR A FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE DO JUIZ PARA MANTER A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Imagine a seguinte situação hipotética:

Ricardo foi condenado por evasão de divisas, tipificado no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Na sentença, o juiz aumentou a pena-base alegando que as circunstâncias eram negativas tendo em vista que o dinheiro foi remetido para o exterior por uma rede clandestina que não permitia a fiscalização pelo Banco Central.

O réu recorreu alegando que essa fundamentação foi deficiente considerando que a evasão de divisas sempre ocorre de forma clandestina, tanto que o tipo exige que os valores não sejam declarados à repartição federal competente.

O Tribunal Regional Federal afirmou que o aumento da pena-base foi correto porque, conforme comprovado nos autos, tratava-se de uma sofisticada rede clandestina, com engenharia financeira empregada e a participação de inúmeras pessoas, o que tornava especialmente difícil (ou quase impossível) a fiscalização.

Perceba que o TRF manteve a valoração negativa, reforçando a fundamentação do magistrado.

Isso é permitido?

SIM.

No Tema 1214, o STJ firmou entendimento no sentido de que:

Não implica reformatio in pejus o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença.

CONCURSO DE CRIMES

Os desígnios autônomos que caracterizam o concurso formal impróprio referem-se a qualquer forma de dolo, direto ou eventual

ODS 16

Caso adaptado: João, conduzindo o seu veículo em alta velocidade e realizando manobras perigosas, colidiu na traseira de outro carro ao ultrapassar um semáforo vermelho.

O impacto resultou na morte de Pedro, que estava no outro veículo.

No mesmo acidente, Regina, passageira no carro de João, sofreu ferimentos graves, incluindo fraturas no tornozelo direito e arranhões nas mãos.

João foi denunciado por homicídio simples, em relação à vítima Pedro, e por homicídio tentado, em relação à vítima Regina.

Na denúncia, o Ministério Pùblico alegou que João agiu com dolo eventual, isto é, assumindo o risco de causar a morte com sua conduta imprudente.

João foi condenado e a decisão foi mantida pelo TJ e pelo STJ.

Ficou reconhecido o concurso formal impróprio de infrações, considerando que o réu, ao assumir a produção do resultado morte, em relação as duas vítimas, ainda que o tenha feito mediante uma única ação, agiu com desígnios autônomos, devendo assim ser as penas de cada crime somadas, nos termos do art. 70, segunda parte, do Código Penal.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.521.343-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, conduzindo o seu veículo em alta velocidade e realizando manobras perigosas, colidiu na traseira de outro carro ao ultrapassar um semáforo vermelho.

O impacto resultou na morte de Pedro, que estava no outro veículo.

No mesmo acidente, Regina, passageira no carro de João, sofreu ferimentos graves, incluindo fraturas no tornozelo direito e arranhões nas mãos.

João foi denunciado como inciso no art. 121, caput (homicídio simples), em relação à vítima Pedro, e no art. 121, caput c.c. art. 14, II (homicídio tentado), em relação à vítima Regina.

Na denúncia, o Ministério Pùblico alegou que João agiu com dolo eventual, isto é, assumindo o risco de causar a morte com sua conduta imprudente.

Recebida denúncia, o Tribunal do Júri condenou João pelo homicídio simples consumado e homicídio simples tentado.

Ambos os crimes foram considerados praticados em concurso formal impróprio, uma vez que derivaram de uma única ação, mas com consequências distintas:

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. **As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.**

Após a condenação, João interpôs apelação.

O Tribunal de Justiça, contudo, negou provimento ao recurso argumentando que João, embora tenha agido com uma única ação, assumiu o risco de produzir o resultado morte tanto para Pedro quanto para Regina, configurando a existência de desígnios autônomos. Assim, conforme o art. 70 do CP, as penas dos dois crimes são somadas.

Insatisfeita com a decisão, a defesa interpôs recurso especial alegando que, por se tratar de dolo eventual, João não tinha um plano pré-determinado que permitisse avaliar o desenvolvimento do seu comportamento delituoso de forma semelhante ao dolo direto.

Além disso, a defesa argumentou que o reconhecimento do concurso formal impróprio se baseou em uma presunção, considerando apenas a pluralidade de vítimas. Afirmou ainda que não havia provas de que João agira com desígnios autônomos, especialmente tendo em vista a natureza do dolo eventual em sua conduta.

O STJ deu provimento ao recurso da defesa?

NÃO.

O Tribunal de origem reconheceu o concurso formal impróprio de infrações, porquanto o réu, ao assumir a produção do resultado morte, em relação as duas vítimas, ainda que o tenha feito mediante uma única ação, agiu com desígnios autônomos, devendo assim ser as penas de cada crime somadas, nos termos do art. 70, segunda parte, do Código Penal.

Isso porque, no caso, embora caracterizado o dolo eventual quanto a ambas as vítimas, uma delas estava no veículo conduzido pelo acusado, havendo, relativamente a esta, desígnio autônomo em relação à vítima que transitava no outro automóvel. Em outras palavras, o acusado assumiu o risco de ocasionar a morte ou lesão grave de sua passageira e, ciente da possibilidade do segundo resultado em relação a terceiros, aceitou-o.

A expressão “desígnios autônomos” refere-se a qualquer forma de dolo, seja ele direto ou eventual. Assim, o dolo eventual também representa o endereçamento da vontade do agente, pois ele, embora vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não o desejando diretamente, mas admitindo-o, aceita-o (STJ. 6ª Turma. HC 191.490/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 9/10/2012). Não se ignora que parte da doutrina defende ser possível o concurso formal próprio mesmo entre crimes dolosos caso pelo menos um deles tenha sido praticado com dolo eventual, ao argumento de que somente há desígnio autônomo no dolo direto e de que somente este é capaz de traduzir a necessidade de tratamento equivalente ao concurso material, com o cúmulo de penas.

No entanto, prevalece no STJ o entendimento no sentido de que o concurso formal próprio ou perfeito somente é possível se os crimes forem todos culposos, ou se um for doloso e o outro culposo. Assim, se o agente pretende alcançar mais de um resultado ou anui com tal possibilidade, como na situação em análise, configura-se o concurso formal impróprio ou imperfeito, pois caracterizados os desígnios autônomos.

Em suma:

Os desígnios autônomos que caracterizam o concurso formal impróprio referem-se a qualquer forma de dolo, direto ou eventual.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.521.343-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANPP

A confissão do acusado quanto à traficância em momento anterior, para ser beneficiado com a formalização de acordo de não persecução penal, não impede o reconhecimento do tráfico privilegiado

ODS 16

Caso adaptado: Pedro foi condenado pelo crime de tráfico de drogas. A defesa interpôs apelação pedindo o reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto no § 4º do art. 33 da LD.

O Tribunal de Justiça negou o benefício com base nos seguintes argumentos:

- o réu Pedro, há 1 ano, celebrou Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) em outro caso de tráfico;
- ao celebrar esse ANPP, ele confessou a prática de tráfico;
- isso significa que está comprovado que ele se dedica às atividades criminosas.

Inconformada, a defesa impetrou habeas corpus no STJ, argumentando que o ANPP firmado anteriormente não deveria impedir a aplicação do tráfico privilegiado.

O STJ concordou com os argumentos da defesa.

O ANPP não pode ser utilizado com outra finalidade senão aquela já prevista na parte final do mencionado dispositivo legal, o que deve, em atenção ao princípio “favor rei”, ser interpretado de maneira ampla, a vedar interpretações segundo as quais o ANPP possa ser indicativo de envolvimento do seu beneficiário com atividades criminosas.

Portanto, a confissão do acusado quanto à traficância em momento anterior, para ser beneficiado com a formalização de acordo de não persecução penal, não tem o condão de figurar como óbice ao reconhecimento do tráfico privilegiado, já que não sucedido de condenação definitiva a pena de reclusão.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 895.165-SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 6/8/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro foi condenado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

A defesa interpôs apelação pedindo o reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas:

Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O Tribunal de Justiça negou o benefício com base nos seguintes argumentos:

- o réu Pedro, há 1 ano, celebrou Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) em outro caso de tráfico;
- ao celebrar esse ANPP, ele confessou a prática de tráfico;
- isso significa que está comprovado que ele se dedica às atividades criminosas.

Inconformada, a defesa impetrou habeas corpus no STJ, argumentando que o ANPP firmado anteriormente não deveria impedir a aplicação do tráfico privilegiado.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

O acordo de não persecução penal tem por finalidade imprimir celeridade e racionalidade ao sistema judicial, permitindo que o órgão acusador se ocupe da persecução de crimes de maior gravidade e que o beneficiário evite os efeitos deletérios de uma condenação criminal.

Sob um enfoque mais amplo, o instituto surge como valiosa alternativa ao problema do encarceramento em massa, em especial após o Supremo Tribunal Federal ter declarado a existência de estado de coisas unconstitutional no sistema carcerário brasileiro (ADPF n. 347).

Nesse contexto, o emprego das vias alternativas, tais como os atos negociais penais, geram efeitos positivos e práticos na atuação punitiva estatal, dotando o sistema penal e processual penal de indiscutível economicidade, além de representar a expansão da Justiça consensual no Brasil.

Registre-se que o § 12 do art. 28-A do Código de Processo Penal prevê, textualmente, que a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º do mesmo artigo:

Art. 28-A (...)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

Art. 28-A (...)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

(...)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

Observa-se, dessa forma, que a própria legislação foi clara ao estatuir que o ANPP não pode ser utilizado com outra finalidade senão aquela já prevista na parte final do mencionado dispositivo legal, o que deve, em atenção ao princípio “favor rei”, ser interpretado de maneira ampla, a vedar interpretações segundo as quais o ANPP possa ser indicativo de envolvimento do seu beneficiário com atividades criminosas.

Portanto, a confissão do acusado quanto à traficância em momento anterior, para ser beneficiado com a formalização de acordo de não persecução penal, não tem o condão de figurar como óbice ao reconhecimento do tráfico privilegiado, já que não sucedido de condenação definitiva a pena de reclusão.

Em suma:

A confissão do acusado quanto à traficância em momento anterior, para ser beneficiado com a formalização de acordo de não persecução penal, não impede o reconhecimento do tráfico privilegiado.
STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 895.165-SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 6/8/2024 (Info 827).

ANPP

A recusa injustificada ou ilegalmente motivada do Ministério Pùblico em oferecer o acordo de não persecução penal autoriza à rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal

Importante!!!

ODS 16

A aplicação das ferramentas de barganha penal observa uma discricionariedade regrada ou juridicamente vinculada do Ministério Pùblico em propor ao investigado ou denunciado uma alternativa consensual de solução do conflito. Não se pode confundir, porém, discricionariedade regrada com arbitrariedade, pois é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do dever-poder), e não da mera faculdade, que ela deve ser analisada.

A margem discricionária de atuação do Ministério Público quanto ao oferecimento de acordo diz respeito apenas à análise do preenchimento dos requisitos legais, sobretudo daqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados. É o que ocorre, principalmente, com a exigência contida no art. 28-A, caput, do CPP, de que o acordo só poderá ser oferecido se for "necessário e suficiente para reação e prevenção do crime".

Assim, não é dado ao Ministério Público, se presentes os requisitos legais, recusar-se a oferecer um acordo ao averiguado por critérios de conveniência e oportunidade. Na verdade, o que o Ministério Público pode fazer - de forma excepcional e concretamente fundamentada - é avaliar se o acordo é necessário e suficiente à prevenção e reação do crime, o que é, em si mesmo, um requisito legal.

O Ministério Público tem o dever legal (art. 43, III, da Lei Orgânica do Ministério Público - Lei n. 8.625/1993) e constitucional (art. 129, VIII, da CF) de fundamentar suas manifestações e, embora não haja direito subjetivo à entabulação de um acordo, há direito subjetivo a uma manifestação idoneamente fundamentada do Ministério Público.

A negativa de oferecimento de mecanismo de justiça negocial por não ser necessário e suficiente à reação e à prevenção do crime deve sempre se fundar em elementos concretos do caso fático, os quais indiquem exacerbada gravidade concreta da conduta em tese praticada. Tal exigência não se satisfaz com a simples menção a qualquer circunstância judicial desfavorável, porquanto a existência de alguma gravidade concreta pode ser inicialmente contornada com reforço e incremento das condições a serem fixadas para o acordo e não justifica, de forma automática, sob a perspectiva do princípio da intervenção mínima - que confere natureza subsidiária à ação penal -, a recusa à solução alternativa.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.038.947-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi preso em flagrante com 40 porções de maconha e 34 de cocaína.

O flagranteado admitiu a prática de tráfico de drogas.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João imputando-lhe o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

Na cota introdutória da denúncia, o Ministério Público afirmou que não iria oferecer o ANPP porque o tráfico de drogas é um crime hediondo e grave.

Na audiência, antes do início da instrução, a defesa requereu a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, em razão da negativa de oferecimento de ANPP.

Argumentou que o réu poderia ser beneficiado pelo acordo de não persecução penal, pois estavam presentes os requisitos legais objetivos e subjetivos e que não havia fundamentação concreta por parte do Ministério Público que embasasse a negativa da benesse.

O juiz indeferiu o pedido.

Em alegações finais, o Ministério Público requereu a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado), o que foi acolhido na sentença, na fração máxima, sem recurso ministerial.

João interpôs recurso de apelação no qual pleiteou pelo envio dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP, para oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso sob o argumento de que o ANPP não consiste em direito subjetivo do investigado, mas sim ato discricionário do Ministério Público, titular da ação penal pública.

Ainda inconformado, João interpôs recurso especial, no qual sustentou ter havido negativa de vigência ao art. 28-A caput e § 14 do CPP, em razão da previsibilidade de que o crime se tratava de tráfico privilegiado, além da recusa do magistrado em fazer a remessa dos autos para o Procurador-Geral de Justiça (PGJ).

O STJ acolheu os argumentos de João?

SIM.

Justiça penal negociada

O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual brasileiro, mais uma forma de justiça penal negociada, seguindo uma tendência mundial inicialmente restrita a países de tradição adversarial e liberal mais acentuada e que se espalhou por ordenamentos de matriz romano-germânica.

Terceira onda

Houve três ondas de justiça penal negociada.

A primeira onda ocorreu com a Lei nº 9.099/1995, que trouxe a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A segunda onda veio com a edição da Lei nº 12.850/2013, responsável por sistematizar o acordo de colaboração premiada, até então previsto timidamente em algumas leis pontuais.

A terceira onda ocorreu com a Lei nº 13.964/2019, ao prever o ANPP.

Nesse sentido: FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 105-126.

Objetivos da justiça penal negociada

O mote central dessa verdadeira “revolução negociada” pela qual passamos nas últimas décadas (ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017) não é o de beneficiar unicamente o réu – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, mas sim favorecer a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados.

Na verdade, tais institutos trazem benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado, visto que ambos renunciam a direitos ou pretensões em troca de alguma vantagem: o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a ver reconhecida sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade.

De fato, essa solução negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).

Os mecanismos consensuais se revelam, assim, maneiras de alcançar resposta penal mais céleres ao comportamento criminoso com redução das demandas judiciais criminais, sobretudo em um cenário de saturação do sistema punitivo, em boa medida decorrente da expansão dos espaços de tutela penal para bens jurídicos coletivos, com a proliferação de crimes de perigo abstrato, e mesmo do surgimento de novas formas de criminalidade em virtude da complexificação da sociedade.

Discricionariedade regrada

A aplicação das ferramentas de barganha penal exige que o Ministério Público exerça uma discricionariedade regrada, ou seja, uma escolha vinculada a parâmetros legais, ao propor uma alternativa consensual de resolução do conflito. Esse poder do MP não é ilimitado, pois não pode ser confundido com arbitrariedade.

Correntes sobre a facultatividade ou obrigatoriedade de oferecer o ANPP

Existem três correntes principais sobre o ANPP:

1ª) mera faculdade do Ministério Público

De acordo o Enunciado n. 19 do Conselho Nacional de Procuradores- Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG): “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

Essa posição falha porque se apega somente à interpretação literal do verbo “poderá”, contido no art. 28-A, caput, do CPP.

Para essa corrente, o titular da ação penal poderia decidir, ao sabor de sua vontade, se vai submeter o investigado às agruras do processo penal e, posteriormente, da pena, ou se lhe vai propor solução alternativa mais branda e menos estigmatizante.

Trata-se de franca violação de postulados básicos do ordenamento jurídico brasileiro, entre eles, a isonomia, pois legitimaria, por exemplo, conferir tratamento diverso a indivíduos em situações iguais, com inadmissível margem para a arbitrariedade.

2º) direito público subjetivo

Para essa segunda corrente, o preenchimento dos requisitos legais asseguraria ao investigado direito público subjetivo à entabulação do acordo, o que, por consequência, obrigaria o magistrado a fazê-lo caso o Ministério Público se recusasse a tanto (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 216).

O STJ não admite essa corrente. Aceitar que o juiz assuma o lugar do titular da ação penal e proponha o ANPP ao investigado não se mostra adequado, seja por afrontar a separação de funções que define o sistema acusatório, seja por desvirtuar o próprio cerne negocial dos mecanismos penais consensuais.

3º) poder-dever do membro do MP

De modo a equilibrar essas linhas antagônicas de pensamento, a jurisprudência do STJ se assentou em posição intermediária, com o entendimento de que a oferta de alternativas de barganha penal ao investigado consiste em poder-dever do Ministério Público. Isso se aplica tanto à transação penal e à suspensão condicional do processo (v.g. APn n. 634/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 3/4/2012) quanto ao acordo de não persecução penal, que, “se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet” (HC n. 657.165/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 18/8/2022).

Como poder-dever, “observa o princípio da supremacia do interesse- público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP” (HC n. 657.165/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 18/8/2022). Celso Antônio Bandeira de Mello, aliás, ao tratar dos poderes da Administração Pública, prefere a expressão dever-poder, em vez de poder-dever, justamente por enfatizar que se trata muito mais de uma competência atribuída ao ente apenas para que possa cumprir a finalidade instituída em lei do que uma opção a ser exercida ao bel-prazer de seu titular.

Na doutrina processual penal, Marcos Paulo Dutra Santos também entende, sobre o ANPP, “tratar-se de um dever-poder – preferimos essa expressão a poder-dever, utilizada com frequência maior, porque o poder dado a um agente público decorre do dever que lhe foi confiado. Este é premissa daquele, daí a ordem mais apropriada ser dever-poder” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime. São Paulo: Método, 2020, p. 167).

Assim, a atuação do MP é vista como um “dever-poder” e não como uma mera opção.

Verificação dos requisitos legais

A discricionariedade do MP ao oferecer um acordo limita-se à verificação dos requisitos legais, especialmente daqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados. Por exemplo, o art. 28-A, caput, do CPP exige que o acordo seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” expressão que gera discussões interpretativas devido à sua imprecisão.

Dessa forma, se os requisitos legais estão presentes, o MP não pode recusar um acordo com base apenas em critérios de conveniência ou oportunidade. Em casos excepcionais, com fundamentação concreta, o MP pode avaliar se o acordo atende à prevenção e reprovação do crime, que é um requisito legal.

Dever do MP de fundamentar suas decisões

O MP tem o dever, tanto pela Lei Orgânica do Ministério Público (art. 43, III, da Lei nº 8.625/1993) quanto pela Constituição (art. 129, VIII), de fundamentar suas decisões. Embora não haja direito subjetivo ao acordo, há o direito a uma manifestação fundamentada.

Cabe ao Judiciário, em seu papel de “dizer o direito”, verificar se a fundamentação do MP respeita os limites legais.

Voltando ao caso concreto

Nem o MP nem o Judiciário podem, exceto em casos de inconstitucionalidade, negar um acordo consensual legalmente previsto com base na natureza do crime ou no fato de ser hediondo. Esse entendimento evita restrições adicionais não previstas em lei, respeitando as escolhas do legislador sobre quais crimes são incompatíveis com acordos.

Neste caso específico, o MP recusou o acordo de não persecução penal (ANPP) por considerar o tráfico de drogas um crime hediondo. A defesa solicitou que os autos fossem enviados à Procuradoria-Geral, o que foi negado pelo juiz, alegando que havia apreensão de drogas e dinheiro. Contudo, o próprio MP, nas alegações finais, requereu a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e essa foi aceita na sentença, sem recurso do MP.

Essa minorante pode reduzir a pena mínima para menos de 4 anos, permitindo o ANPP conforme o art. 28-A, § 1º, do CPP e afastando a natureza hedionda do crime, conforme art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal e entendimento dos tribunais superiores. Assim, em tese, nada impede a aplicação do ANPP no crime de tráfico de drogas.

Mesmo que a minorante seja aplicada na terceira fase da dosimetria da pena e com frações variáveis, o MP deve considerar a possibilidade de aplicação do ANPP desde o oferecimento da denúncia. O critério do ANPP depende da pena mínima combinada, considerando as causas de diminuição aplicáveis na maior fração possível.

Ao oferecer a denúncia, o MP deve justificar concretamente a inaplicabilidade do ANPP, demonstrando, com base no inquérito, que o investigado não se enquadra nos requisitos para a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 ou que a gravidade concreta do crime torna o acordo desnecessário e insuficiente para reprovação e prevenção do crime.

Se o MP recusa o ANPP sem justificativa adequada, a denúncia deve ser rejeitada por falta de interesse de agir (art. 395, II, do CPP), conforme entendimento do STF que considera a ausência de fundamentação do ANPP como nulidade absoluta.

Por fim, o art. 28, § 14, do CPP, que prevê a remessa dos autos a um órgão superior em caso de recusa do MP em propor o ANPP, não impede o controle judicial sobre a fundamentação do MP. Assim, está configurada a violação do art. 28-A, caput e § 14, do CPP, tanto pela falta de fundamentação adequada do MP para recusar o ANPP quanto pela recusa do juiz em remeter os autos para revisão superior do MP, já que não havia ausência de requisito objetivo para isso.

Em suma:

A recusa injustificada ou ilegalmente motivada do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal autoriza à rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.038.947-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/9/2024 (Info 827).

TRIBUNAL DO JÚRI

É possível a anulação de julgamento realizado pelo Tribunal do Júri quando o réu ficar sentado de costas para os jurados durante a sessão

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: João estava sendo julgado pelo Tribunal do Júri, acusado de feminicídio contra sua ex-companheira. Durante a sessão de julgamento, João foi posicionado de costas para os sete jurados que compunham o Conselho de Sentença. Antes do interrogatório, o advogado do réu formulou requerimento ao juiz presidente do Tribunal do Júri pedindo que João pudesse ficar de frente para os jurados, argumentando que o contato visual era importante para um julgamento adequado. Isso porque assim os jurados poderiam avaliar as expressões faciais e reações do réu, essenciais para a compreensão completa de sua versão dos fatos. O juiz indeferiu o pedido, alegando que não havia previsão legal sobre o posicionamento do réu e que a disposição física no plenário não influenciaria no julgamento. O réu foi condenado.

O STJ anulou o julgamento.

O julgamento do Tribunal do Júri pode se estender por muitas horas e, durante esse período, os jurados dedicam atenção a todos os ritos, aos advogados e, principalmente, ao acusado, que permanece exposto a análises até a decisão final. Desse modo, o local em que ele fica, a roupa que usa e a utilização de algemas, por exemplo, são fatores simbólicos observáveis e ponderados pelos jurados.

O prejuízo no caso concreto é constatado pelo desrespeito ao princípio da dignidade humana, uma vez que o Poder Judiciário tolheu do paciente a possibilidade de ser visto por seus julgadores, bem como pela condenação que suportou após a deliberação do Conselho de Sentença.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 768.422-SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 10/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João estava sendo julgado pelo Tribunal do Júri, acusado de feminicídio contra sua ex-companheira. Durante a sessão de julgamento, João foi posicionado de costas para os sete jurados que compunham o Conselho de Sentença.

Antes do interrogatório, o advogado do réu formulou requerimento ao juiz presidente do Tribunal do Júri pedindo que João pudesse ficar de frente para os jurados, argumentando que o contato visual era importante para um julgamento adequado. Isso porque assim os jurados poderiam avaliar as expressões faciais e reações do réu, essenciais para a compreensão completa de sua versão dos fatos.

O juiz indeferiu o pedido, alegando que não havia previsão legal sobre o posicionamento do réu e que a disposição física no plenário não influenciaria no julgamento.

Após várias horas de julgamento, João foi condenado pelo Conselho de Sentença a 18 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado.

O réu recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo alegando nulidade do julgamento por cerceamento de defesa e violação aos princípios da dignidade humana e plenitude de defesa, mas teve o recurso negado. A defesa impetrou então habeas corpus no STJ insistindo na alegação de nulidade. Requereu, a anulação do julgamento, para que fosse determinada a realização de nova sessão plenária.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

No caso, o paciente foi submetido a julgamento pelo Conselho de Sentença e ficou de costas, situação inadmissível devido ao tratamento oposto ao princípio da presunção de inocência.

O Ministro Ayres Britto já nos ensinou que "a palavra 'sentença' deriva do verbo 'sentir' e que o sentimento é anterior ao pensamento na vida intrauterina", ou seja, os jurados utilizam todos os seus sentidos para chegaram a um veredito.

É inconcebível o argumento de que não existiria previsão legal para que o paciente seja julgado com dignidade, valor garantido pela Constituição Federal a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros, ignorando assim vários princípios e direitos assegurados pela Constituição da República e os tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

O julgamento do Tribunal do Júri pode se estender por muitas horas e, durante esse período, os jurados dedicam atenção a todos os ritos, aos advogados e, principalmente, ao acusado, que permanece exposto a análises até a decisão final. Desse modo, o local em que ele fica, a roupa que usa e a utilização de algemas, por exemplo, são fatores simbólicos observáveis e ponderados pelos jurados.

O prejuízo no caso concreto é constatado pelo desrespeito ao princípio da dignidade humana, uma vez que o Poder Judiciário tolheu do paciente a possibilidade de ser visto por seus julgadores, bem como pela condenação que suportou após a deliberação do Conselho de Sentença.

Em suma:

É possível a anulação de julgamento realizado pelo Tribunal do Júri quando o réu ficar sentado de costas para os jurados durante a sessão.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 768.422-SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 10/9/2024 (Info 827).

EXECUÇÃO PENAL (PROGRESSÃO DE REGIME)

O simples fato de não ter sido concedido o benefício do tráfico privilegiado não é suficiente para se negar a progressão de regime especial do inciso V do § 3º do art. 112 da LEP

Importante !!!

Atualize o Info 678-STJ

Mudança de entendimento

ODS 16

A vedação da progressão especial prevista no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei de Execução Penal deve se restringir aos casos em houve condenação por crime associativo, não servindo como óbice ao benefício o mero afastamento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

STJ. 6ª Turma. HC 888.336-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/8/2024 (Info 827).

Progressão de regime especial

A Lei nº 13.769/2018 (Pacote Anticrime) incluiu o § 3º no art. 112 da Lei de Execuções Penais - LEP, prevendo progressão de regime especial:

Art. 112 (...)

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

Desse modo, esse § 3º afirmou que a mulher gestante ou que for mãe/responsável por crianças ou pessoas com deficiência poderá progredir de regime com 1/8 da pena cumprida (o que é um tempo menor do que a regra geral), mas desde que cumpridos alguns requisitos elencados no dispositivo.

Não ter integrado organização criminosa (inciso V)

Um dos requisitos para ter direito a essa progressão especial está no fato de que a reeducanda não pode ter “integrado organização criminosa” (inciso V).

Surgiram duas correntes a respeito da abrangência dessa expressão:

1ª corrente: a interpretação deve ser restritiva.

Somente abrange a condenação por crime da Lei nº 12.850/2013.

Para essa corrente ter “integrado organização criminosa” (inciso V) significa: ter sido condenada pelo crime do art. 2º da Lei nº 12.850/2013:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Logo, essa expressão (“organização criminosa”) não pode ser interpretada em sentido amplo para abranger toda e qualquer associação criminosa.

Para essa primeira corrente, mesmo que a ré tivesse sido condenada por associação criminosa (art. 288 do CP) ou por associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), ainda assim poderia ter direito à progressão de regime especial. A pessoa só estaria impedida de gozar da progressão com base nesse inciso se tiver praticado o crime previsto na Lei nº 12.850/2013.

Essa corrente já foi adotada, no passado, pelo STJ (HC 522.651-SP, Info 678), mas está superada.

2ª corrente: admite-se a interpretação extensiva da norma.

A expressão “não ter integrado organização criminosa” prevista no inciso V do § 3º do art. 112 da LEP abrange todo crime que enseje o concurso necessário de agentes em união estável e permanente voltada para práticas delitivas, como ocorre com o crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei nº 11.343/2006).

Prevalece atualmente no STJ que, não apenas a condenação pelo delito específico de organização criminosa (art. 2º da Lei n. 12.850/13) impede a aplicação da fração de 1/8 para a progressão de regime especial, mas também todo aquele crime que enseje o concurso necessário de agentes em união estável e permanente voltada para práticas delitivas - como ocorre justamente com o crime de associação para o tráfico de drogas.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 916.442/SP, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 2/9/2024.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 848.866/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 27/11/2023.

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação hipotética:

Regina foi presa em flagrante enquanto transportava uma grande quantidade de cocaína escondida dentro de um carrinho de bebê.

O Ministério Público denunciou Regina por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

Regina foi, ao final, condenada.

Na sentença, o juiz rejeitou o pedido da defesa para aplicar a redução de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas (conhecida como “tráfico privilegiado”). Como a ré já respondia a outra ação penal, o magistrado afirmou que ela não poderia ter direito à minorante porque ficou demonstrado que se dedica a atividades criminosas:

Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A sentença transitou em julgado.

Execução da pena

Regina iniciou o cumprimento da pena.

Passado algum tempo de cumprimento da pena, como Regina era mãe de quatro crianças, a defesa requereu ao Juízo da execução penal a progressão de regime especial prevista no art. 112 da LEP:

Art. 112 (...)

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

- I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
- III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
- IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
- V – não ter integrado organização criminosa.

O Juízo, no entanto, indeferiu a progressão ao regime semiaberto. Em síntese, ele ponderou o seguinte:

- eu sei que Regina não foi condenada por organização criminosa nem por associação para o tráfico;
- no entanto, estou vendo aqui que, na sentença condenatória, a causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 deixou de ser aplicada exatamente pelo envolvimento da ré com o crime organizado;
- logo, é de se reconhecer que não está presente o requisito de “não integrar organização criminosa”, necessário para a progressão especial conforme art. 112, § 3º, V, da LEP.

Veja a fundamentação da decisão do magistrado:

“In casu, verifica-se no edital condenatório, ao justificar a não aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, reconheceu que a detenta integrava organização criminosa, con quanto não houvesse elementos suficientes para caracterização de associação para o tráfico. Veja-se que a causa de redução de pena descrita no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas veda sua aplicação a qualquer pessoa que esteja inserida em atividade criminosa, não importando sua forma, seja em associação, seja em organização.

Logo, se não se pode reduzir a pena do agente que está inserido no mundo do crime, com mais razão não deve se beneficiar de uma progressão de regime elaborada para mulheres que não estão envolvidas em atividades criminosas de nenhuma espécie, de maneira que é incabível a aplicação da fração especial de um oitavo (1/8) disposta no inciso III dos mesmos parágrafo e artigo. Deve-se aplicar, portanto, a regra geral.”

Contra essa decisão, a defesa interpôs agravo em execução penal, requerendo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a concessão da progressão especial de regime. O recurso, no entanto, foi desprovido. Ainda irresignada, a defesa impetrou habeas corpus direcionado no STJ argumentando que o simples fato de não ter sido concedido o benefício do tráfico privilegiado não é suficiente para se concluir que a ré integra organização criminosa. Logo, o simples fato de não ter sido concedido o benefício do tráfico

privilegiado não é suficiente para se negar a progressão de regime especial do inciso V do § 3º do art. 112 da LEP.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

A interpretação dada pelo juiz e pelo TJ/SP contrariou os princípios da legalidade e da individualização da pena.

De acordo com o princípio da legalidade no âmbito da execução, a apenada somente pode ter seus direitos limitados/restringidos nos casos expressamente previstos na lei e na sentença condenatória.

Conforme o princípio da individualização da pena, deve ser evitada a padronização da reprimenda, que deve ser adequada a cada reeducanda, considerando sua personalidade, seu histórico prisional e sua evolução carcerária.

No caso concreto, os fundamentos utilizados na sentença condenatória não indicam que a condenada integre organização criminosa, mas apenas que se dedica a atividades criminosas, o que, efetivamente, extrapola os limites do princípio da legalidade e da individualização da pena.

Na prática, se fosse admitida a interpretação dada pelo TJ, toda mulher condenada por tráfico que não recebesse a causa de diminuição do tráfico privilegiado, não teria também direito à progressão de regime especial do § 3º do art. 112 da LEP, o que não faz sentido.

A vedação da progressão especial pela via interpretativa para todas as condenadas por tráfico de drogas sem incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não encontra fundamento legal, devendo se restringir a vedação do inciso V do § 3º do art. 112 da Lei de Execução Penal aos casos em que houve condenação por crime associativo.

Em suma:

A vedação da progressão especial prevista no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei de Execução Penal deve se restringir aos casos em que houve condenação por crime associativo, não servindo como óbice ao benefício o mero afastamento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

STJ. 6ª Turma. HC 888.336-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/8/2024 (Info 827).

EXECUÇÃO PENAL (SAÍDA TEMPORÁRIA)

A Lei 14.843/2024 restringiu a saída temporária; essa mudança não pode ser aplicada para crimes praticados antes da sua vigência (11/04/2024)

Importante!!!

ODS 16

O § 2º do art. 122 da Lei de Execução Penal, com a redação da Lei nº 14.843/2024, torna mais restritiva a execução da pena, restringindo o gozo das saídas temporárias aos condenados por crimes hediondos ou cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não pode ser aplicado retroativamente a fatos ocorridos antes de sua vigência, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

STJ. 6ª Turma. HC 932.864-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 10/9/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2018, João praticou o crime de roubo.

Em 2020, João cometeu outro crime de roubo, desta vez com emprego de arma de fogo.

Ele foi condenado pelos dois crimes de roubo.

Atualmente, João cumpre pena pela prática dos dois crimes de roubo, estando em regime semiaberto.

Em 29/07/2024, o apenado pediu a concessão de saída temporária.

O juiz negou o benefício argumentando que o § 2º do art. 122 da LEP, depois da Lei nº 14.843/2024, proíbe a saída temporária para condenados por crimes hediondos ou cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa:

Lei de Execução Penal

Da Saída Temporária

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:
(...)

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. (Redação antes da Lei nº 14.843, de 2024)

§ 2º Não terá direito à saída temporária de que trata o caput deste artigo ou a trabalho externo sem vigilância direta o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra pessoa. (Redação dada pela Lei nº 14.843, de 2024)

Como João praticou roubo com emprego de arma de fogo, não poderia ter direito à saída temporária já que se trata de crime com grave ameaça contra pessoa.

O Tribunal de Justiça manteve a decisão argumentando que, por se tratar de norma processual penal, a alteração promovida pela Lei nº 14.843/2024 aplica-se imediatamente, em conformidade com o princípio do *tempus regit actum* (art. 2º do CPP).

A Defensoria Pública estadual impetrou habeas corpus alegando que houve constrangimento ilegal, pois o delito pelo qual o paciente cumpre pena foi cometido antes da vigência da Lei nº 14.843/2004. Nesse sentido, aponta a ofensa ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

A Lei nº 14.843/2024, ao modificar o § 2º do art. 122 da Lei de Execução Penal, recrudesce a execução da pena ao vedar a concessão de saídas temporárias para condenados por crimes hediondos ou cometidos com violência ou grave ameaça contra pessoa.

A aplicação retroativa dessa norma constitui *novatio legis in pejus*, vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XL) e pelo Código Penal (art. 2º).

A jurisprudência do STJ e do STF firmou entendimento de que normas mais gravosas não podem retroagir para prejudicar o executado, conforme a Súmula 471/STJ e precedentes correlatos.

No caso concreto, os crimes pelos quais o paciente foi condenado ocorreram antes da vigência da Lei nº 14.843/2024, o que impede a aplicação retroativa das novas restrições à saída temporária.

Em suma:

O § 2º do art. 122 da Lei de Execução Penal, com a redação da Lei n. 14.843/2024, torna mais restritiva a execução da pena, restringindo o gozo das saídas temporárias aos condenados por crimes hediondos ou cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não pode ser aplicado retroativamente a fatos ocorridos antes de sua vigência, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.
STJ. 6ª Turma. HC 932.864-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 10/9/2024 (Info 827).

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/COFINS

Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral

ODS 16

Em 15/03/2017, o STF decidiu, no Tema 69 (RE 574.706/PR), que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

Em 23/02/2018, a empresa Alfa Ltda, com base nesse Tema 69, ingressou com ação contra a União pedindo que fosse reconhecido que a Fazenda Nacional não pode incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a consequente compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O pedido foi julgado procedente e ficou reconhecido, em favor da empresa, o direito à restituição/compensação desde 23/02/2013.

Essa sentença favorável à empresa Alfa transitou em julgado em 20/08/2020.

Em 13/05/2021, o STF, ao julgar embargos de declaração, modulou os efeitos da decisão anterior proferida no Tema 69. Na modulação, o STF afirmou que os efeitos da exclusão do ICMS destacado somente se operam após 15/03/2017.

Em razão disso, em 13/07/2022, a Fazenda Nacional ingressou com ação rescisória, objetivando desconstituir o acórdão naquilo que ultrapassou os limites do que fora decidido pelo STF na modulação.

O pedido da ação rescisória deve ser julgado procedente.

O art. 535, §§ 5º e 8º, do CPC/2015 estabelece uma hipótese específica para a ação rescisória, admitindo seu cabimento nos casos em que o cumprimento de sentença é oriundo de decisão transitada em julgado que acabe contrariando a posição vinculante que venha a prevalecer posteriormente no STF, permitindo que se desconstituam decisões que, embora tenham seguido entendimento consolidado à época, ficaram em descompasso com novas orientações fixadas pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, como na espécie.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.054.759-RS e REsp 2.066.696-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. para o acórdão Min. Gurgel de Faria, julgados em 11/9/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1245) (Info 827).

Veja comentários em Direito Processual Civil.

DIREITO ADUANEIRO

É possível reconhecer a prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo fiscal relativo à penalidade aduaneira administrativa, não tributária

ODS 16 E 17

As penalidades aplicadas no âmbito do processo administrativo fiscal, como é o caso das penalidades aduaneiras, podem ostentar natureza jurídica tributária ou não tributária, de modo que a definição da legislação aplicável em relação à prescrição será determinada pela natureza do crédito perseguido.

A legislação específica da prescrição intercorrente discutida nos presentes autos, ou seja, a Lei nº 9.873/1999, dispõe em seu art. 1º, § 1º, que “incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho”.

O art. 5º da lei excepciona sua aplicação em relação às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária. Caso o crédito objeto do processo administrativo fiscal pendente de julgamento ou despacho não possua natureza tributária (ou funcional), ocorrerá a prescrição intercorrente se ficar paralisado por mais de três anos, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999.

Assim, em se tratando de processo administrativo fiscal referente à multa aduaneira que não possui natureza tributária, deve ser aplicado o § 1º do art. 1º da Lei 9.873/1999 (“§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho”), em vez do art. 5º do mesmo diploma legal (“Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária”).

No caso concreto, a multa possui caráter estritamente administrativo, porquanto decorrente de violação de regra sem pertinência direta com a fiscalização e a arrecadação do Imposto de Exportação, tributo cuja regular quitação é aferida em momento anterior à conclusão do desembarque aduaneiro. À luz do disposto nos arts. 4º do Decreto-Lei nº 1.578/1977, e 1º e 4º da Portaria MF nº 674/1994, o recolhimento do Imposto de Exportação é condição indispensável ao embarque de mercadorias ao exterior, sendo o seu adimplemento apurado na fase de conferência aduaneira destinada a verificar a regularidade do cumprimento dos diversos deveres a cargo dos exportadores, dentre eles o cumprimento das obrigações fiscais, como dispõe o art. 589 do Decreto nº. 6.759/2009.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.999.532-RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 9/5/2023 (Info 11 - Edição Extraordinária).

STJ. 2ª Turma. REsp 1.942.072/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15/8/2024.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.120.479-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 27/8/2024 (Info 827).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Uma empresa de importação e exportação, chamada Alfa Global Ltda., realizou uma importação de mercadorias.

Durante a fiscalização aduaneira, a Receita Federal identificou uma irregularidade nos documentos apresentados pela empresa. Para a Receita, a empresa não apresentou determinada informação sobre a carga transportada, caracterizando uma infração aduaneira que resultou na aplicação da multa prevista no art. 107, IV, “e”, do Decreto-Lei nº 37/1966:

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas: (...)

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

(...)

e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga;

Em 2013, a empresa, discordando da multa imposta, apresentou impugnação no âmbito administrativo, iniciando assim um processo administrativo fiscal, que segue o procedimento regido pelo Decreto nº 70.235/1972, conhecido como Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Este processo prevê a possibilidade de recurso e tramitação perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Em 2020, o processo administrativo fiscal ainda não havia encerrado.

Diante disso, a empresa ajuizou ação argumentando que teria ocorrido a prescrição intercorrente, invocando o art. 1º, § 1º da Lei nº 9.873/1999:

Lei nº 9.873/99

Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências.

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

(...)

A empresa alegou que, como se tratava de uma multa de natureza administrativa (e não tributária), deveria se aplicar o prazo prescricional da Lei nº 9.873/1999.

O STJ concordou com os argumentos da empresa? A imposição de multa aduaneira, regida pelo rito do processo administrativo fiscal previsto no Decreto nº 70.235/1972, submete-se à prescrição intercorrente do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999?

No Informativo original constou que não.

Assim constou no Informativo:

“A imposição de multa aduaneira, regida pelo rito do processo administrativo fiscal previsto no Decreto n. 70.235/1972, não se submete ao prazo prescricional intercorrente previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.873/1999.”

Respeitosamente, penso que ocorreu um equívoco no momento da elaboração do informativo e que a notícia reflete o voto original do Relator. Ocorre que o Ministro Relator retificou seu voto para negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional (União).

Assim, penso que a resposta para a pergunta é SIM:

É possível reconhecer a prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo fiscal relativo à penalidade aduaneira administrativa, não tributária.

STJ. 1ª Turma. REsp n. 1.999.532/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 9/5/2023.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.942.072/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15/8/2024.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.120.479-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 27/8/2024 (Info 827).

As penalidades aplicadas no âmbito do processo administrativo fiscal, como é o caso das penalidades aduaneiras, podem ostentar natureza jurídica tributária ou não tributária, de modo que a definição da legislação aplicável em relação à prescrição será determinada pela natureza do crédito perseguido.

A legislação específica da prescrição intercorrente discutida nos presentes autos, ou seja, a Lei nº 9.873/1999, dispõe em seu art. 1º, § 1º, que “incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho”.

O art. 5º da lei excepciona sua aplicação em relação às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária. Caso o crédito objeto do processo administrativo fiscal pendente de julgamento ou despacho não possua natureza tributária (ou funcional), ocorrerá a prescrição intercorrente se ficar paralisado por mais de três anos, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999.

Da exposição de motivos da Medida Provisória 1.859-17/1999, convertida na supracitada Lei 9.873/1999, consta a justificativa de que “a matéria tributária, por determinação constitucional, deve ser tratada em sede de lei complementar, não podendo ser atingida por disposições de lei ordinária”. Logo, a redação da parte final do art. 5º da Lei nº 9.873/1999 - no que prevê que o disposto nesta lei não se aplica “aos processos e procedimentos de natureza tributária” - decorreu da exigência constitucional de que a

prescrição e decadência tributárias sejam disciplinadas por lei complementar, exigência que não se estende às multas de natureza não tributária.

Em relação à multa prevista no art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei 37/1966, a jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ orienta-se no sentido de que a referida multa possui natureza não tributária.

Considerando a distinção entre Direito Tributário e Direito Aduaneiro - distinção que foi reconhecida pela própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Parecer SEI 943/2024/MF, o qual faz remissão ao Parecer SEI 6.898/2020/ME -, não procede a tese fazendária de que a multa de que trata o art. 107, IV, e, do Decreto-Lei 37/66 decorre do descumprimento de obrigação acessória de prestar informação à autoridade aduaneira, assumindo, assim, natureza tributária. Ora, de acordo com o § 3º do art. 113 do CTN, "a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária". Mas se a obrigação acessória de prestar informações, prevista no art. 107, IV, e, do Decreto-Lei 37/1966, não se enquadra como obrigação tributária acessória, então não se aplica o art. 113, § 3º, do CTN. Também não há consistência no argumento, muitas vezes sustentado, de que as multas aduaneiras, ainda que não possuam natureza tributária, pelo simples fato de estarem sujeitas aos trâmites do Decreto 70.235/1972, deveriam se submeter ao art. 5º da Lei 9.873/1999, no que prevê que o disposto nesta Lei não se aplica "aos processos e procedimentos de natureza tributária", o que afastaria a aplicação do § 1º do art. 1º do mesmo diploma legal.

À época da edição do Decreto-Lei 37/1966, não existia o Decreto 70.235/1972, cujo art. 1º dispõe que "este Decreto rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal".

O Decreto 70.235/1972 tampouco era aplicado originalmente às multas administrativas aduaneiras.

Quando a legislação aduaneira pretendeu que ele fosse aplicado às sanções administrativas decorrentes de infrações aduaneiras, o fez posteriormente à sua edição e de forma expressa, como nos casos das multas decorrentes de infrações administrativas ao controle de importações (art. 3º, II, da Lei 6.562/1978 c/c arts. 707, II, e 768 do Decreto 6.759/2009) e das multas decorrentes de infrações aduaneiras que configuraram dano ao erário (art. 23, § 3º, do Decreto-Lei 1.455/1976).

Aplica-se o Decreto 70.235/1972, ainda, por meio de remissões legais ou regulamentares, a outros casos distintos da constituição de créditos tributários federais, como, por exemplo, nos casos de multas por infrações à legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale brinde ou concurso, a título de propaganda (art. 75 do Decreto 70.951/1972), e nos casos de direitos antidumping e direitos compensatórios (§ 5º do art. 7º da Lei 9.019/1995).

Como visto, o processo administrativo fiscal regido pelo Decreto 70.235/1972 pode abranger relações jurídicas de naturezas distintas, sendo necessário identificá-las, de vez que cada relação jurídica está sujeita a um regime jurídico que lhe é particular.

Para fins de aplicação da regra de prescrição intercorrente do § 1º do art. 1º da Lei 9.873/1999, é relevante à definição da natureza do crédito correspondente à multa imposta em decorrência de uma ação punitiva da Administração Pública Federal - se se trata de multa tributária ou não tributária -, mesmo constituído e exigido esse crédito mediante o processo administrativo fiscal regido pelo Decreto 70.235/1972. Em se tratando de processo administrativo fiscal para constituição e exigência de crédito não tributário correspondente à multa prevista no art. 107, IV, e, do Decreto-Lei 37/1966, a simples concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo, nos termos do art. 129 do Decreto-Lei 37/1966 e do art. 33 do Decreto 70.235/1972, não suspende e nem interrompe a fluência do prazo de prescrição intercorrente previsto no § 1º do art. 1º da Lei 9.873/1999. Ou seja, o efeito suspensivo do recurso administrativo tão somente impede que a decisão administrativamente recorrida produza seus regulares efeitos.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A Lei nº 10.684/03, que estabelece prazo de 25 anos para concessões e permissões com possibilidade de prorrogação por 10 anos, aplica-se somente a contratos posteriores à sua publicação. ()
- 2) É ilegítima a retribuição financeira exigida por concessionária responsável pelos túneis do metrô em face de empresa privada prestadora de serviço de interesse público para a instalação de infraestrutura de telecomunicações, na forma do art. 11 da Lei nº 8.987/1995. ()
- 3) Para a extinção do patrimônio de afetação é necessária a quitação das obrigações constituídas perante o agente financiador do empreendimento imobiliário. ()
- 4) O prêmio de loteria auferido por viúva casada sob o regime de separação legal obrigatória, antecedido de longo relacionamento em união estável, é bem adquirido por fato eventual (CC/2002, art. 1.660, II), reconhecido como patrimônio comum do casal, devendo ser partilhado segundo os valores existentes na data do falecimento, independentemente da avaliação sobre esforço comum. ()
- 5) A mera circunstância de um signo ser constituído, dentre outros elementos, por expressão de propaganda, é insuficiente para conduzir, automaticamente, à conclusão de que o sinal não preencha os pressupostos necessários para exercer a função de marca. ()
- 6) Se a dívida originária à qual está atrelada a carta de fiança é anterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito não está submetido aos seus efeitos, não importando a data em que se tornou exigível. ()
- 7) Ainda que a parte ré seja vitoriosa com o reconhecimento da decadência do direito, persiste seu interesse na adequação do valor da causa. ()
- 8) O CPC/2015 não alterou o entendimento de que a multa diária, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo. ()
- 9) Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é inadmissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral. ()
- 10) É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença. Todavia, não implicam reformatio in pejus a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial, nem o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença. ()
- 11) Os desígnios autônomos que caracterizam o concurso formal impróprio referem-se a qualquer forma de dolo, direto ou eventual. ()
- 12) A confissão do acusado quanto à traficância em momento anterior, para ser beneficiado com a formalização de acordo de não persecução penal, impede o reconhecimento do tráfico privilegiado. ()
- 13) A recusa injustificada ou ilegalmente motivada do Ministério Pùblico em oferecer o acordo de não persecução penal autoriza à rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal. ()
- 14) É impossível a anulação de julgamento realizado pelo Tribunal do Júri quando o réu ficar sentado de costas para os jurados durante a sessão. ()
- 15) A vedação da progressão especial prevista no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei de Execução Penal deve se restringir aos casos em houve condenação por crime associativo, não servindo como óbice ao benefício o mero afastamento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. ()
- 16) O § 2º do art. 122 da Lei de Execução Penal, com a redação da Lei n. 14.843/2024, torna mais restritiva a execução da pena, restringindo o gozo das saídas temporárias aos condenados por crimes hediondos ou cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não pode ser aplicado retroativamente a fatos ocorridos antes de sua vigência, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. ()
- 17) Nos termos do art. 535, § 8º, do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF - Repercussão Geral. ()
- 18) Não é possível reconhecer a prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo fiscal relativo à penalidade aduaneira administrativa não tributária. ()

Gabarito

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