

Informativo comentado: Informativo 746-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSOS PÚBLICOS

- *Mandado de segurança não serve para questionar o parecer da comissão examinadora de heteroidentificação, que não aceitou a autodeclaração de cotista em concurso.*

DIREITO AMBIENTAL

REPARAÇÃO CIVIL POR DANO AMBIENTAL

- *Empresa que extrai minério de forma irregular tem que pagar a indenização pelos prejuízos causados e não pode pedir para abater desse montante as despesas que teve com essa atividade.*

DIREITO CIVIL

DIREITOS DA PERSONALIDADE

- *Emissora de TV foi condenada a pagar indenização por danos morais em razão de um frequentador da praia de naturismo ter sido filmado e exibido no programa de humor, com conotação pejorativa.*

DANOS MORAIS

- *Incide a Súmula 326 do STJ, no caso de discrepância entre o valor indicado no pedido e o quantum arbitrado na condenação, não havendo falar em sucumbência dos autores da demanda, vencedores em seu pedido indenizatório.*

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

- *Se o contrato de compra e venda de imóvel não foi levado à registro, apesar de nele constar cláusula de alienação fiduciária, essa garantia não se constituiu, não sendo cabível a submissão do adquirente ao procedimento de leilão previsto no art. 27 da Lei 9.514/97.*

CONDOMÍNIO

- *Morador que não é associado da associação de moradores nem anuiu expressamente com a cobrança não pode ser obrigado a pagar taxa de manutenção de loteamento fechado.*

INVENTÁRIO

- *Havendo conflito de interesses entre os herdeiros, as despesas de verba honorária do advogado constituído pelo inventariante não devem ser suportadas pelo espólio.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

OFERTA

- *Constitui dever da instituição de ensino a informação clara e transparente acerca do curso ofertado, orientando e advertindo seus alunos acerca da separação entre bacharelado e licenciatura.*

PLANO DE SAÚDE

- *Rescisão de plano de saúde na pandemia após quitação de parcelas atrasadas foi abusiva.*

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

- *O juiz pode aplicar a multa do art. 249 do ECA abaixo do mínimo legal de três salários-mínimos.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

- *As entidades beneficentes prestadoras de serviços à pessoa idosa têm direito à assistência judiciária gratuita, sem precisar comprovar insuficiência econômica.*

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

- *Incide a Súmula 326 do STJ, no caso de discrepância entre o valor indicado no pedido e o quantum arbitrado na condenação, não havendo falar em sucumbência dos autores da demanda, vencedores em seu pedido indenizatório.*

RECLAMAÇÃO

- *Não se exige o esgotamento da instância ordinária como pressuposto de conhecimento da reclamação fundamentada em descumprimento de acórdão prolatado em Incidente de Assunção de Competência (IAC).*

DIREITO PENAL

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

- *A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiteraões criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância.*

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- *Servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato.*

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS

- *Se, no momento do oferecimento da denúncia, o acusado não exercer função ou cargo público, torna-se dispensável a defesa prévia prevista no art. 2º, I, do DL 201/67.*

LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605/1998)

- *O princípio da intranscendência da pena também se aplica para pessoas jurídicas; assim, se uma empresa que está respondendo processo por crime ambiental for incorporada, sem nenhum indício de fraude, haverá extinção da punibilidade.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PRISÃO

- *Se o MP pediu a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, o juiz está autorizado a decretar a prisão?*
- *A necessidade de interrupção do ciclo delitivo de associações e organizações criminosas é fundamento idôneo para justificar a custódia cautelar e a garantia da ordem pública.*

PROVAS

- *A guarda municipal, por não estar entre os órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da CF, não pode exercer atribuições das polícias civis e militares; a sua atuação deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município.*
- *Inválido o reconhecimento feito vítima três meses após o roubo, quando o suspeito se encontrava em uma maca de hospital.*

INCIDENTES E MEDIDAS CAUTELARES

- *A constrição judicial que incide em imóvel bloqueado gerido por Fundo de Investimentos em Participações (FIP) deve estar adstrita à cota-parte do acusado/cotista.*

REVISÃO CRIMINAL

- *Não é cabível revisão criminal proposta como se fosse uma nova apelação, buscando reexaminar fatos e provas.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- Súmula 654-STJ
- O ICMS não incide sobre o serviço de inserção de publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI)

- Nos pedidos de revisão do benefício formulados com base em sentença trabalhista, o termo inicial do prazo decadencial é a data do trânsito em julgado da sentença trabalhista.

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSOS PÚBLICOS

Mandado de segurança não serve para questionar o parecer da comissão examinadora de heteroidentificação, que não aceitou a autodeclaração de cotista em concurso

Importante!!!

ODS 16

É inadequado o manejo de mandado de segurança com vistas à defesa do direito de candidato em concurso público a continuar concorrendo às vagas reservadas às pessoas pretas ou pardas, quando a comissão examinadora de heteroidentificação não confirma a sua autodeclaração.

STJ. 1ª Turma. RMS 58.785-MS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João inscreveu-se em concurso público e, para fins de cota, declarou-se como pardo.

Ele foi aprovado nas provas aplicadas e obteve a 14ª posição nas cotas reservadas para candidatos autodeclarados pretos ou pardos.

Foi então convocado para se submeter a um procedimento chamado de “aferição da condição autodeclarada”, a ser realizado por uma comissão especial.

Vale ressaltar que esse procedimento estava previsto no edital.

Primeira pergunta: isso é possível? O edital do concurso pode exigir que o candidato autodeclarado preto ou pardo se submeta a uma banca de heteroidentificação?

SIM.

É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

STF. Plenário. ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/6/2017 (Info 868).

O critério da autodeclaração é, em princípio, válido. Isso porque deve-se respeitar as pessoas tal como elas se percebem. Entretanto, é possível também que a Administração Pública adote um controle heterônomo, até mesmo para evitar abusos na autodeclaração.

Exemplos desse controle heterônomo: exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso; exigência de apresentação de fotos pelos candidatos; formação de comissões com composição plural para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração.

Voltando ao caso concreto:

João se submeteu à análise da comissão examinadora de heteroidentificação e, depois de alguns dias, resultado foi publicado no diário oficial: a banca indeferiu sua autodeclaração.

Segundo a análise da comissão o conjunto de características fenotípicas apresentadas por João não permitiram que ele fosse considerado pardo.

O candidato interpôs recurso administrativo instruído com fotografias e laudos emitidos por médicos dermatologistas, no entanto, mesmo assim, a decisão foi mantida.

Diante disso, João impetrou mandado de segurança contra o ato do presidente da comissão.

Sustentou ser descendente de pai e mãe pardos e que é cientificamente reconhecido como pardo, conforme análise de experts, que lhe aplicaram o protocolo de Fitzpatrick, bem como que possui caracteres físicos fenotipicamente pardos.

O instrumento processual escolhido pelo candidato foi correto?

NÃO.

É inadequado o manejo de mandado de segurança com vistas à defesa do direito de candidato em concurso público a continuar concorrendo às vagas reservadas às pessoas pretas ou pardas, quando a comissão examinadora de heteroidentificação não confirma a sua autodeclaração.

STJ. 1ª Turma. RMS 58.785-MS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

Só caberia mandado de segurança, neste caso, se os fatos que alicerçam o direito do autor pudessem ser comprovados de plano e de forma incontestável, mediante a apresentação de prova documental trazida já com a petição inicial.

No caso, o candidato havia se declarado pardo quando da inscrição no certame. Todavia, de acordo com a análise dos membros da comissão designada para a pessoal conferência dessa informação, a condição de pardo do impetrante não restou provada. Houve a interposição de recurso administrativo, instruído com fotografias e laudos emitidos por médicos dermatologistas.

Nesse contexto, o mandado de segurança não se mostra cabível por duas razões:

- 1) o parecer emitido pela Comissão examinadora, quanto ao fenótipo do candidato, ostenta, em princípio, natureza de declaração oficial, sendo por isso dotada de fé pública. Logo, essa conclusão não pode ser infirmada senão mediante qualificada e robusta contraprova. Em outras palavras, é necessária dilação probatória. Ocorre que não cabe dilação probatória em mandado de segurança.
- 2) o impetrante, no mandado de segurança, afirma que a avaliação feita pela comissão examinadora foi “subjetiva” argumentando que outras pessoas com características fenotípicas semelhantes à sua tiveram chanceladas semelhantes autodeclarações. Realmente, uma avaliação fenotípica é subjetiva, não havendo, atualmente, parâmetros absolutos, objetivamente aferíveis ou numericamente mensuráveis para se ter certeza de que alguém é preto ou pardo. Ocorre que a existência dessa subjetividade só reforça que o tema não pode ser decidido por meio do especialíssimo rito do mandado de segurança.

Sem resolução do mérito

No caso concreto, a ação mandamental foi extinta por inadequação da via eleita, sem resolução do mérito. Com isso, o impetrante poderá, assim desejando, postular o direito que afirma possuir, mediante ajuizamento de ação comum (art. 19 da Lei nº 12.016/2009).

DIREITO CIVIL

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Emissora de TV foi condenada a pagar indenização por danos morais em razão de um frequentador da praia de naturismo ter sido filmado e exibido no programa de humor, com conotação pejorativa

Importante!!!

ODS 16

Configura dano moral, sujeito à indenização, a veiculação, em rede nacional de TV, de imagem de pessoa nua em praia de naturismo, sem autorização e com atribuição de conotação pejorativa.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.519.848/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Havia um programa humorístico de televisão chamado Pânico na Band.

Certa vez, esse programa fez uma reportagem em Tambaba, uma praia de naturismo na Paraíba.

A praia é dividida em dois setores: um aberto para todo o público e outro apenas para naturistas. Os dois setores divididos por uma escada de acesso, na qual ficam pessoas que zelam pelo cumprimento das regras, dentre as quais a proibição de fotografar, gravar ou filmar os naturistas, sem a permissão deles.

A reportagem foi até a área restrita e filmou João, um dos frequentadores que estavam no local. A filmagem foi feita, sem autorização e com atribuição de conotação pejorativa, tendo sido utilizado os seguintes dizeres: “Desfile de moda do ‘Zé Pelinho’ no cóccix”.

A reportagem foi veiculada em rede nacional de TV, mesmo sem que João tenha autorizado previamente a sua exibição.

Diante disso, ele ajuizou ação de indenização por danos morais contra a emissora de TV.

A emissora argumentou que João viu que havia a equipe de reportagem no local e mesmo assim continuou ali próximo. Afirmou, ainda, que o trecho em que ele aparece dura apenas 4 segundos.

Para o STJ, houve dano moral, neste caso?

SIM. A emissora de TV cometeu ato ilícito ao filmar e divulgar, sem autorização, reportagem em praia de naturismo, com imagens do autor, em área em que se veda expressamente qualquer registro de imagem. O programa, veiculado em rede nacional pela TV, colocou o autor em situação vexatória e ridicularizou sua aparência.

Verifica-se, portanto, que o ato ilícito não se configura pela mera conduta de filmagem inapropriada, mas também pela divulgação em programa de TV em rede nacional, com apelidos jocosos e mesmo após o autor não ter autorizado a sua divulgação.

A exposição se deu por tempo suficiente para a identificação do autor por conhecidos, tendo este sido alvo chacotas, e comentários afrontosos à sua honra.

Em suma:

Configura dano moral, sujeito à indenização, a veiculação, em rede nacional de TV, de imagem de pessoa nua em praia de naturismo, sem autorização e com atribuição de conotação pejorativa.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.519.848/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

Valor da indenização

No caso concreto, as instâncias ordinárias fixaram a indenização em R\$ 80 mil, valor que foi mantido pelo STJ porque se encontra dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade, não se mostrando desproporcional à lesão (exposição da parte nua em rede nacional, sem autorização e com atribuição de conotação pejorativa).

DANOS MORAIS

Incide a Súmula 326 do STJ, no caso de discrepância entre o valor indicado no pedido e o quantum arbitrado na condenação, não havendo falar em sucumbência dos autores da demanda, vencedores em seu pedido indenizatório

Importante!!!

ODS 16

Caso concreto: João ajuizou ação de indenização por danos morais contra o jornal pedindo R\$ 1 milhão de reparação. O juiz reconheceu que o jornal cometeu grave erro na reportagem veiculada, praticando, portanto, ato ilícito, mas condenou o réu ao pagamento de apenas R\$ 25 mil. O jornal recorreu alegando que, como o autor pediu 1 milhão e somente obteve 25 mil, ele obteve provimento equivalente a 2,5% do valor pleiteado, devendo, portanto, ser condenado ao pagamento de 97,5% dos honorários advocatícios e das verbas de sucumbência. O STJ acolheu a tese do réu? Não. No caso concreto, conforme demonstrado, existe uma substancial discrepância entre o quantum pleiteado a título de indenização e o valor arbitrado pelo juiz. Por conta disso, o réu alega que o autor sucumbiu na maior parte do pedido. O STJ, contudo, não concordou com essa argumentação.

Aplica-se aqui a Súmula 326-STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

O entendimento exposto na Súmula 326 do STJ permanece válido mesmo depois que o art. 292, V, do CPC/2015 passou a exigir que o autor da demanda indique o valor pretendido a título de reparação pelos danos morais que diz haver suportado.

O valor sugerido pela parte autora para a indenização por danos morais traduz mero indicativo referencial, apenas servindo para que o julgador pondere a informação como mais um elemento para a árdua tarefa de arbitrar o valor da condenação, a fim de que se afigure suficiente para reparar o prejuízo imaterial suportado pela vítima do evento danoso.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.837.386-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Veja comentários em Direito Processual Civil.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

Se o contrato de compra e venda de imóvel não foi levado à registro, apesar de nele constar cláusula de alienação fiduciária, essa garantia não se constituiu, não sendo cabível a submissão do adquirente ao procedimento de leilão previsto no art. 27 da Lei 9.514/97

Assunto já apreciado no Info 685-STJ!!!

ODS 16

Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.976.082-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro celebrou contrato de compra e venda de uma casa, com cláusula de alienação fiduciária em garantia. O ajuste previa o pagamento em 120 prestações mensais.

Após 60 prestações pagas, João ajuizou ação de resolução do contrato contra a incorporadora alegando que não tinha mais condições de continuar pagando as parcelas restantes.

Na ação, o autor pediu a dissolução do vínculo obrigacional, afirmando que entregaria o imóvel e que, como consequência, queria receber de volta 90% das prestações pagas. Afirmou que a vendedora poderia reter 10% dos valores já recebidos a título de despesas que eventualmente tenha sido, nos termos do art. 53 do CDC:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

A alienante alegou que:

- a) a resolução do referido contrato de compra e venda de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária deveria prevalecer a Lei nº 9.514/97 (Lei da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis), diploma especial que prevalece em relação ao Código de Defesa do Consumidor;
- b) o art. 27 da Lei nº 9.514/97 afirma que, em caso de inadimplemento do adquirente, deve-se realizar leilão extrajudicial;
- c) somente após realizar o leilão extrajudicial é que poderia devolver ao adquirente eventuais diferenças.

Em suma, tendo havido inadimplemento por parte do comprador, é possível o desfazimento do contrato, no entanto, a devolução dos valores já pagos não se dará na forma do art. 53 do CDC, mas sim de acordo com o procedimento estabelecido nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97.

O argumento do alienante está correto?

Em tese, estaria correto sim. Conforme decidiu recentemente o próprio STJ:

Configura quebra antecipada do contrato o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações.

Neste caso, é possível o desfazimento do contrato, no entanto, a devolução dos valores pagos pelo autor não se dará na forma do art. 53 do CDC, mas sim segundo o procedimento estabelecido nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, pelo qual, resolvido o contrato de compra e venda, consolida-se a propriedade do bem na pessoa do credor fiduciário que irá vendê-lo por meio de leilão. Com o resultado, serão pagos os débitos, devolvendo-se ao antigo adquirente o que sobrar.

STJ. 3ª Turma. REsp 1867209-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 08/09/2020 (Info 680).

Ocorre que, no caso concreto, houve uma falta de cuidado que mudou todo o cenário: o contrato de compra e venda não foi levado a registro no cartório do registro de imóveis.

Necessidade de registro para a constituição da propriedade fiduciária de bem imóvel

No caso de propriedade fiduciária de bem imóvel, regida pela Lei nº 9.514/97, a garantia somente se constitui com o registro do contrato que lhe serve de título no registro imobiliário (“cartório de registro de imóveis”) do local onde se situa o bem. Nesse sentido, veja o que diz o art. 23 da Lei nº 9.514/97:

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Vale ressaltar que essa regra do art. 23 está em harmonia com o sistema adotado no Brasil para a transmissão da propriedade imóvel. Para o nosso ordenamento jurídico, seguindo a tradição romana, a propriedade de bem imóvel, seja resolúvel ou não, somente é adquirida, a título derivado e *inter vivos*, com o registro do contrato no cartório de registro de imóveis.

O registro possui, portanto, natureza constitutiva da propriedade fiduciária, assim como ocorre em relação aos demais direitos reais sobre imóveis

Dessa maneira, sem o registro do contrato no competente Registro de Imóveis, há simples crédito, situado no âmbito obrigacional, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor.

Voltando ao caso concreto

O instrumento particular de compra e venda de imóvel firmado entre as partes não foi levado à registro, apesar de nele constar cláusula de alienação fiduciária do bem em garantia ao credor.

Dessa maneira, independentemente da parte que tenha dado causa à ausência do registro, é certo que a garantia não se constituiu, não sendo cabível, portanto, a submissão do adquirente ao procedimento de leilão previsto no art. 27 da Lei nº 9.514/97.

Em suma:

Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.976.082-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/08/2022 (Info 746).

Em sentido parecido, vale a pena recordar este julgado:

A ausência do registro do contrato de compra e venda de imóvel impede a constituição da garantia fiduciária.

No regime especial da Lei nº 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem.

Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.835.598-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/02/2021 (Info 685).

CONDOMÍNIO

Morador que não é associado da associação de moradores nem anuiu expressamente com a cobrança não pode ser obrigado a pagar taxa de manutenção de loteamento fechado

ODS 16

É inválida a cobrança taxa de manutenção de loteamento fechado - por administradora constituída sob a forma de associação, de proprietários de lote não associados ou que a ela não anuíram expressamente - às relações jurídicas constituídas antes da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 ou de anterior lei municipal.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 ou de anterior lei municipal disciplinando a matéria, é possível a cobrança, por associação de moradores, de taxa de manutenção de titulares de direito sobre lotes localizados em loteamento de acesso controlado desde que, já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo da associação ou sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.991.508-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/08/2022 (Info 746).

O tema deve ser analisado antes e depois da Lei nº 13.465/2017.

ANTES DA LEI Nº 13.465/2017

“Loteamentos fechados” (antiga nomenclatura utilizada na prática antes da Lei nº 13.465/2017)

O custo e a lista de exigências necessárias para se constituir um condomínio edilício é muito grande, especialmente em se tratando de condomínio de casas, devendo ser observados os ditames da Lei nº 4.591/64. Em virtude dessa imensa burocracia, se formos pensar em 20 ou 30 anos atrás, iremos recordar que havia pouquíssimos condomínios edilícios de casas (na linguagem popular: “condomínios fechados” de casas). Ou a pessoa morava em um bairro residencial (aberto, sem condomínio) ou, então, em condomínios edilícios de prédios (chamados de condomínio edilício horizontal).

Ocorre que a violência no país cresceu bastante, o que fez com que as incorporadoras e imobiliárias passassem a oferecer aos consumidores cada vez mais opções de condomínios edilícios de casas (condomínios “fechados” de casas), com guarita, vigilantes armados, área de lazer etc. Tais condomínios, no entanto, são, em geral, muito caros e inacessíveis a boa parte da população.

A fim de se proteger da violência, os moradores de alguns bairros residenciais começaram a se reunir e a constituir associações de bairros, recolhendo contribuições dos habitantes daquele conjunto e, com o dinheiro arrecadado, fizeram cancelas nas ruas, contrataram seguranças particulares e, aquilo que era um bairro residencial, com acesso livre para qualquer pessoa, transformou-se em um “loteamento fechado” (ou condomínio de fato) de casas, com acesso restrito por meio de controle de cancela e portaria.

A ideia parece excelente. O problema é que essa “transformação” era feita sem a observância da Lei do parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79), do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) e do plano diretor do Município, já que as exigências burocráticas são imensas e praticamente impossíveis de serem atendidas por um simples grupo de moradores.

Além do que, no condomínio edilício de casas, o incorporador compra um terreno e as ruas ali existentes são privadas (particulares), enquanto que no “fechamento” de um bairro residencial, as casas são privadas, mas as ruas são públicas (bens de uso comum do povo), o que torna ainda mais questionável a regularidade desse “fechamento”.

Tais bairros que se transformam em “loteamentos fechados”, por não atenderem a legislação, não existem juridicamente, sendo, por essa razão, chamados de “condomínios de fato”.

Taxa de manutenção do loteamento fechado

Para pagar os serviços que serão feitos no loteamento fechado (exs: porteiro, cancela, vigilantes, limpeza etc.), é necessário que os moradores façam uma cota mensal. É como se fosse uma taxa condominial semelhante àquelas que são cobradas nos condomínios edilícios. Existe, contudo, uma importante diferença: no condomínio edilício, o pagamento dessa cota é um dever dos condôminos previsto em lei (art. 1.336, I, do CC); o condomínio de fato (ou loteamento fechado), por outro lado, não existia juridicamente e não havia lei obrigando que os moradores arcassem com essa quantia.

Diante disso, surgiu o seguinte questionamento: antes da Lei nº 13.465/2017 todos os moradores do bairro/conjunto habitacional que foi “fechado” e “transformado” em um loteamento fechado eram obrigados a pagar essa taxa de manutenção?

NÃO. O STJ apreciou o tema e afirmou o seguinte:

Os moradores que não quiserem se associar ou que não anuíram à constituição desse condomínio de fato não são obrigados a pagar.

Em nosso ordenamento jurídico, somente existem duas fontes de obrigações: a LEI ou o CONTRATO. No caso concreto, não há lei que obrigue o pagamento dessa taxa; de igual forma, se o morador não quis participar da associação de moradores nem anuiu à formação desse condomínio de fato, ele não poderá ser compelido a pagar.

As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.280.871-SP e REsp 1.439.163-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgados em 11/3/2015 (Recurso Repetitivo – Tema 882) (Info 562)

O STF também chegou à conclusão semelhante:

É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/2017.

O princípio da legalidade funciona como instrumento de contrapeso ao princípio da liberdade de associação. De um lado, assegurando que obrigação só é imposta por lei; e de outro – e por consequência – garantindo que, na ausência de lei, não há aos particulares impositividade obrigacional, regendo-se a associação somente pela livre disposição de vontades.

STF. Plenário. RE 695911, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 492).

O fato de o morador se beneficiar dos serviços não é suficiente para que ele seja obrigado a pagar? Não haveria um enriquecimento sem causa do morador?

NÃO. Não se pode entender que o morador, ao gozar dos serviços organizados em condomínio de fato por associação de moradores, aceitou tacitamente participar de sua estrutura orgânica.

Na ausência de uma legislação que regule especificamente a matéria em análise, deve preponderar o exercício da autonomia da vontade e ninguém pode ser compelido a fazer algo senão em virtude de lei.

Não se pode falar em enriquecimento sem causa do morador. Isso porque ele é livre para se associar ou não e, não sendo associado, não pode ser obrigado a pagar. A liberdade de associação é um direito constitucional e não pode ser mitigado ou contrariado sob o fundamento do princípio do enriquecimento sem causa.

DEPOIS DA LEI Nº 13.465/2017

O legislador, todavia, atento à celeuma envolvendo essa espécie de organização dos lotes, editou a Lei nº 13.465/2017, que, dentre outros diversos temas relativos à regularização fundiária, modificou o teor da Lei nº 6.766/79, para nela inserir modalidade de loteamento nominada “de acesso controlado” (art. 2º, §8º). Eis a descrição utilizada para a nova figura:

Art. 2º (...)

§ 8º Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.

Também foi inserido um artigo na Lei nº 6.766/70 tratando sobre a constituição de associações para a “administração” das áreas públicas de uso comum:

Art. 36-A. As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenham fins lucrativos, bem como pelas entidades civis organizadas em função da solidariedade de interesses coletivos desse público com o objetivo de administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis.

Parágrafo único. A administração de imóveis na forma do caput deste artigo sujeita seus titulares à normatização e à disciplina constantes de seus atos constitutivos, cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos.

A Lei nº 13.465/2017 previu, portanto, a obrigatoriedade de cotização, entre os beneficiários, das atividades desenvolvidas por associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores

em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que assim previsto no ato constitutivo das organizações respectivas.

As disposições da Lei nº 13.465/2017 regularizaram os “loteamentos fechados” que haviam sido constituídos antes da sua vigência?

NÃO. As alterações promovidas pela Lei nº 13.465/2017 não se aplicam às relações jurídicas existentes antes de sua edição, em razão do princípio da irretroatividade das leis. Em decorrência disso, a mencionada lei não pode retroagir para conferir às associações (como uma das possíveis configurações de “administradora de imóveis”) o direito de cobrar de proprietário não-associado taxas ou encargos relativos ao rateio de serviços prestados em loteamentos de acesso controlado, nos termos da novel legislação. Nesse sentido:

(...) 2. A jurisprudência desta Casa, firmada sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.439.163/SP e 1.280.871/SP, realizado pela Segunda Seção, em 11/3/2015, DJe de 22/5/2015, sendo o relator para acórdão o Ministro Marco Buzzi, pacificou que “as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram”. (...)

2.2. O art. 36-A da Lei 6.766/1979, o qual foi incluído pela Lei n. 13.465/2017, não se aplica ao caso dos autos, tendo em vista que a lei nova não pode retroagir para conferir à associação embargante o direito de cobrar as pretendidas despesas decorrentes de serviços condominiais, tampouco afasta a exigência de que o recorrido seja associado ou tenha aderido ao ato que instituiu o encargo.

2.3. A existência de associação, a fim de reunir moradores com o objetivo de defesa e preservação de interesses comuns em área habitacional, não possui o caráter de condomínio e, portanto, não possui natureza de dívida *propter rem*. (...)

STJ. 3ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1871018/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/09/2020.

Uma vez atendidos os requisitos previstos no art. 36-A, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79, com a redação dada pela Lei nº 13.465/2017, os atos constitutivos da administradora de imóveis vinculam tanto os já titulares de direitos sobre lotes que anuíram com a sua constituição quanto os novos adquirentes de imóveis em loteamentos como decorrência da publicidade conferida à obrigação averbada no registro do imóvel.

Qual foi, então, o impacto causado pelo advento da Lei nº 13.465/2017 nos chamados loteamentos fechados regulares, ora nominados loteamentos de acesso controlado?

Houve a clara intenção do legislador federal de, por meio da Lei nº 13.465/2017, editar um parâmetro normativo apto a favorecer a regularização fundiária dessa configuração de lotes, seja para lhe reconhecer a formatação que, na prática, já vinha sendo observada (controle de acesso ao loteamento), seja para permitir vincular os titulares de direitos sobre os lotes à cotização (art. 36-A, caput e parágrafo único).

A Lei nº 13.465/2017 trouxe duas importantes equiparações:

- a) equiparou a associação (de proprietários de imóveis, titulares de direitos sobre os lotes ou moradores de loteamento) ou qualquer entidade civil organizada com os mesmos fins à administradora de imóveis; e
- b) equiparou os loteamentos de acesso controlado (loteamentos regulares, portanto) a condomínios edilícios.

No tocante à equiparação dos loteamentos de acesso controlado a condomínios edilícios, traz-se o posicionamento de Flávio Tartuce:

“(...) como avanço, preceitua o novo § 2º do art. 1.358-A do CC /2002 que se aplica, no que couber, ao condomínio de lotes, o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística. Assim, entendo que se resolve o problema anterior a respeito da obrigatoriedade do pagamento das contribuições no condomínio de lotes. Com a aplicação das regras gerais do condomínio edilício, cada condômino do loteamento de casas estará sujeito aos

deveres previstos no art. 1.336 do Código Civil e às penalidades ali consagradas, inclusive para os casos de condômino nocivo ou antissocial, tratado no comando seguinte” (TARTUCE, Flávio. A lei da regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/7800/pdf>).

Desse modo, por força das equivalências estabelecidas pela Lei nº 13.465/2017, abriu-se a possibilidade de cotização entre os beneficiários das atividades desenvolvidas pelas associações, desde que assim previsto no ato constitutivo das organizações. Cabe aqui recordar que, por óbvio, a lei se dirige aos loteamentos regularmente constituídos, ou seja, com aprovação junto ao poder público municipal e competente registro no cartório de imóveis.

Assim, para que exsurja para os beneficiários o dever obrigacional de contraprestação pelas atividades desenvolvidas pelas associações (ou outra entidade civil organizada) em loteamentos, é necessário que a obrigação esteja disposta em ato constitutivo firmado após o advento da Lei nº 13.465/2017 (e que este esteja registrado na matrícula atinente ao loteamento no competente Registro de Imóveis, a fim de se assegurar a necessária publicidade ao ato).

Uma vez atendidos os requisitos previstos no art. 36-A, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79, com a redação dada pela Lei nº 13.465/2017, os atos constitutivos da administradora de imóveis vinculam tanto os já titulares de direitos sobre lotes que anuíram com a sua constituição quanto os novos adquirentes de imóveis em loteamentos como decorrência da publicidade conferida à obrigação averbada no registro do imóvel.

Algumas leis municipais, mesmo antes da Lei nº 13.465/2017, já autorizavam que as associações de moradores cobrassem essas contribuições. Essas leis municipais são válidas?

SIM. A edição de leis municipais dessa espécie tem por objetivo disciplinar a ocupação do solo urbano e está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal. Nada impede que a matéria seja disciplinada pelo Município no próprio Plano Diretor ou em ato normativo separado.

Conforme explicou o Min. Dias Toffoli:

“Cabe ressaltar que a Lei nº 13.465/2017 representa marco temporal em âmbito nacional para a definição da responsabilidade de cotização pelos titulares de direitos sobre lotes. Todavia, importa considerar a possibilidade de que eventuais leis locais já definissem obrigação semelhante, dentro da normatização nelas traçadas, uma vez que os municípios possuem competência concorrente para legislar sobre uso, parcelamento e ocupação do solo urbano.”

Logo, se essa cobrança tivesse sido instituída com base em lei municipal, ela também já era válida, mesmo antes da Lei Federal nº 13.465/2017.

A tese fixada foi a seguinte:

É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/2017, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que:

- i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis; ou
- ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis.

STF. Plenário. RE 695911, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 492).

Em palavras mais simples:

É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano antes da Lei Federal nº 13.465/2017 ou antes de Lei municipal que disciplinasse o tema.

A partir de lei municipal ou da Lei Federal nº 13.465/2017, tornou-se possível cobrança de cotas dos moradores dos loteamentos de acesso controlado, desde que:

- i) este morador já possuísse lote quando entrou em vigor a lei e ele aderiu expressamente ao ato constitutivo da associação; ou
- ii) sendo novo adquirente de lotes, ele estará vinculado se o ato constitutivo da obrigação estiver registrado no cartório de Registro de Imóveis.

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação hipotética:

“Jardim Primavera” é um loteamento urbano “fechado”. Explicando melhor, os vizinhos das ruas próximas se reuniram e constituíram, em 2016, uma associação de moradores.

Essa associação instituiu uma “taxa de manutenção” do loteamento que é paga todos os meses pelos moradores.

Com o dinheiro arrecadado, eles fizeram cancelas nas ruas, contrataram seguranças particulares e, aquilo que era um conjunto residencial, transformou-se em uma espécie de “loteamento urbano fechado” de casas.

João é um dos vizinhos, mas ele não aceitou participar da associação nem quer pagar as taxas.

Diante disso, a associação dos moradores ajuizou ação de cobrança contra João pedindo que ele seja condenado a pagar as taxas relativas à manutenção deste loteamento.

A autora sustentou que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 passou a ser permitida a cobrança de contribuições de moradores de imóveis integrantes de associações, independentemente de adesão expressa, uma vez que as associações de moradores passaram a ser vinculadas às atividades de administração de imóveis.

O réu apresentou contestação, na qual alegou que:

- não é associado dessa associação;
- não anuiu expressamente à sua constituição; e que
- a referida associação foi constituída antes da Lei nº 13.465/2017.

O pedido da associação autora deve ser acolhido?

NÃO. Vamos entender com calma.

Loteamento fechado

O loteamento fechado consiste na subdivisão de um terreno em lotes destinados à edificação, com abertura de vias de circulação e logradouros públicos, cujo perímetro da gleba original é cercado para fins de manter controlado o acesso. Trata-se de uma forma de viabilizar maior segurança aos moradores.

De acordo com a doutrina especializada (Loteamento Fechado e Condomínio Deitado. Revista de Direito Imobiliário - IRIB. 14/20), o loteamento fechado é marcado pelas seguintes características:

- (I) é aprovado exatamente como um loteamento comum;
- (II) os lotes são de exclusiva propriedade dos adquirentes, que nele construirão da forma que lhes aprouver, respeitados os requisitos municipais;
- (III) os lotes são tributados individualmente;
- (IV) o perímetro da gleba é fechado por autorização municipal, sendo que o acesso é efetuado por entrada submetida a controle;
- (V) a Prefeitura Municipal, no ato da aprovação do loteamento, outorga concessão de uso aos proprietários precedida de lei;
- (VI) o loteador deve apresentar minuta do regulamento de uso e manutenção dos equipamentos comunitários.

Cobrança da taxa de manutenção por associação de moradores

Como vimos acima, o STJ decidiu que não é possível exigir o pagamento de taxa de manutenção ou melhoria de quem não seja associado ou não anuiu com a sua cobrança:

As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.280.871-SP e REsp 1.439.163-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgados em 11/3/2015 (Recurso Repetitivo – Tema 882) (Info 562)

O que caracteriza anuência, para fins de cobrança da taxa? O fato de João residir no local e se beneficiar dos serviços oferecidos caracteriza anuência?

NÃO. Para caracterizar a anuência com o encargo (“taxa”), é imprescindível concordância expressa, não se admitindo a anuência tácita.

Como ocorre essa anuência expressa?

A anuência expressa com o encargo pode ser manifestada, por exemplo, mediante contrato, previsão na escritura pública de compra e venda do lote ou de estipulação em contrato-padrão depositado no registro imobiliário do loteamento.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 ou de anterior lei municipal disciplinando a matéria, é possível a cobrança, por associação de moradores, de taxa de manutenção de titulares de direito sobre lotes localizados em loteamento de acesso controlado desde que, já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo da associação ou sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis.

Ocorre que, no caso concreto, a associação recorrida foi constituída antes da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017, de modo que não se aplica à relação jurídica ora debatida.

Tema 882 e Lei nº 13.465/2017

O entendimento do STJ fixado no tema 882 permanece aplicável às relações jurídicas constituídas antes da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 ou de anterior lei municipal disciplinando. Assim, antes da Lei nº 13.465/2017, é inválida a cobrança de taxa de manutenção de loteamento fechado, por administradora constituída sob a forma de associação, de proprietários de lote não associados ou que a ela não anuíram expressamente.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 ou de anterior lei municipal disciplinando a matéria, é possível a cobrança, por associação de moradores, de taxa de manutenção de titulares de direito sobre lotes localizados em loteamento de acesso controlado desde que, já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo da associação ou sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis.

Voltando ao caso concreto

João não é nem nunca foi associado. Além disso, nunca anuiu expressamente com o encargo. Diante disso, a cobrança das despesas de manutenção é indevida.

Em suma:

É inválida a cobrança taxa de manutenção de loteamento fechado - por administradora constituída sob a forma de associação, de proprietários de lote não associados ou que a ela não anuíram expressamente - às relações jurídicas constituídas antes da entrada em vigor da Lei n. 13.465/2017 ou de anterior lei municipal.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.991.508-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/08/2022 (Info 746).

INVENTÁRIO

Havendo conflito de interesses entre os herdeiros, as despesas de verba honorária do advogado constituído pelo inventariante não devem ser suportadas pelo espólio

ODS 16

Não havendo interesses em conflito entre os interessados, os honorários do advogado contratado pela inventariante constituem encargo da herança.

Por outro lado, havendo conflito de interesses entre os herdeiros, as despesas de verba honorária do advogado constituído pelo inventariante não devem ser suportadas pelo espólio.

Se os interesses dos demais herdeiros eram antagônicos em relação ao inventariante, os honorários do advogado por este contratado, não constituem ônus do espólio, cada qual respondendo pelo pagamento do trabalho dos respectivos procuradores.

Obs: no caso concreto, o conflito de interesses não estava relacionado diretamente com divergências entre os herdeiros a respeito da herança, mas sim com a discordância quanto à representação realizada pelo escritório de advocacia.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.924.962-CE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 08/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Antônio faleceu e deixou como herdeiros: a viúva Regina e os filhos Luiz, Tiago e Olívia.

Luiz, inventariante à época, contratou o advogado Rafael para prestar juridicamente assistência no inventário.

Ficou ajustado que Rafael receberia, como contraprestação pelo seu trabalho, honorários advocatícios contratuais de 10% sobre o patrimônio do espólio.

Vale ressaltar, contudo, que não foi outorgada procuração *ad judícia* dos demais herdeiros em favor do advogado Rafael. A procuração foi assinada apenas por Luiz.

Após algum tempo de serviço prestado, antes que o inventário chegasse ao fim, Olívia, uma das herdeiras, disse que não concordava com esse percentual de 10% que seriam atribuídos ao advogado. Foi apoiada pelos demais herdeiros.

Foram vendidos todos os bens de Antônio, totalizando R\$ 7 milhões, a ser repartido entre os herdeiros.

Rafael peticionou nos autos juntando o contrato de honorários que havia sido firmado e requerendo o destaque dos honorários advocatícios, na forma prevista no art. 22, § 4º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94):

Art. 22 (...)

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

O espólio alegou que o contrato de honorários firmado com Rafael não teria validade uma vez que o inventariante (Luiz) assinou sem a anuência dos demais herdeiros. Argumentou que este não é o meio adequado para discutir os honorários, o que deveria ser feito pelas vias ordinárias.

O que decidiu o STJ?

Diante da litigiosidade existente, o contrato de prestação de serviços advocatícios não vincula o espólio e os demais herdeiros, os quais não foram abrangidos em sua totalidade pelo serviço advocatícios.

Segundo a jurisprudência do STJ:

Havendo conflito de interesses entre os herdeiros, as despesas de verba honorária do advogado constituído pelo inventariante não devem ser suportadas pelo espólio.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.924.962-CE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 08/08/2022 (Info 746).

No caso concreto, a litigiosidade (o conflito de interesses) não está relacionado diretamente com divergências entre os herdeiros a respeito da herança, mas sim com a discordância quanto à representação realizada pelo escritório de advocacia.

Como na procuração *ad judicium* consta apenas Luiz e não os demais herdeiros do inventariante à época da contratação, fica evidente que o serviço advocatício não abrangeu a totalidade dos herdeiros.

Luiz assinou o contrato com o escritório de advocacia indevidamente na qualidade de inventariante, quando deveria ter firmado apenas como um dos herdeiros já que não havia concordância expressa dos demais herdeiros.

DIREITO DO CONSUMIDOR

OFERTA

Constitui dever da instituição de ensino a informação clara e transparente acerca do curso ofertado, orientando e advertindo seus alunos acerca da separação entre bacharelado e licenciatura

ODS 16

Caso concreto: Regina prestou vestibular para ingresso em uma instituição de ensino privada, no curso de Educação Física, que tinha duração anunciada de 3 anos e meio. Ela foi aprovada e fez a sua matrícula. Quando foi assinar o contrato, recebeu a informação de que o curso era de Educação Física, de uma forma ampla, sem qualquer restrição, abrangendo a qualificação para o exercício de todas as atividades inerentes a profissão, em todos os estabelecimentos. A autora concluiu o curso em agosto de 2010 e recebeu o certificado de LICENCIATURA em Educação Física. Ocorre que foi aí que ela descobriu que o curso de licenciatura em educação física tinha por objetivo a formação de professores de educação física para atuarem na rede escolar formal, que compreende o ensino infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Em outras palavras, ela não poderia atuar em academias, por exemplo.

A autora afirmou que a instituição de ensino vendeu o curso com sendo de Educação Física, sem nunca informar que seria apenas Licenciatura.

Diante disso, o STJ reconheceu seu direito de cursar o restante do bacharelado de forma gratuita e de receber indenização por danos morais.

STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1.738.996-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 30/05/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2006, Regina prestou vestibular para ingresso em uma instituição de ensino privada, no curso de Educação Física, que tinha duração anunciada de 3 anos e meio. Ela foi aprovada e fez a sua matrícula.

Quando foi assinar o contrato, recebeu a informação de que o curso era de Educação Física, de uma forma ampla, sem qualquer restrição, abrangendo a qualificação para o exercício de todas as atividades inerentes a profissão, em todos os estabelecimentos, como academias, clubes e Personal Trainer.

A autora concluiu o curso em agosto de 2010 e recebeu o certificado de LICENCIATURA em Educação Física. Ocorre que foi aí que ela descobriu que a Resolução CNE/CES 07/2004 distingue a formação do profissional de educação física da seguinte forma:

- Curso de Licenciatura em Educação Física: a licenciatura em Educação Física tem por objetivo a formação de professores de educação física para atuarem na rede escolar formal, que compreende o ensino infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

- Curso de Bacharelado em Educação Física: o Bacharelado em Educação Física tem por objetivo a formação de profissionais aptos a atuarem nos campos de prevenção, promoção, proteção e reabilitação da saúde, da formação cultural, da educação e reeducação motora, do rendimento físico-desportivo, do lazer, recreativas e esportivas, além de outros campos que oportunizem ou venham a oportunizar a prática destas atividades, em ambientes diferenciados da rede escolar formal.

A autora afirmou que a instituição de ensino vendeu o curso com sendo de Educação Física, sem nunca informar que seria apenas Licenciatura e que todo o material de divulgação e documentos fornecidos ao longo do curso sempre informaram CURSO DE EDUCAÇÃO FISICA.

Quando recebeu o certificado e procurou a coordenação para maiores esclarecimentos, foi informada de que deveria cursar mais um ano de faculdade, para completar o bacharelado.

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais

Diante desse cenário, Regina propôs ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais contra a instituição de ensino superior privada.

Requeru a concessão da tutela para que a ré permitisse que ela completasse o Curso de Educação Física de forma gratuita para que pudesse obter o diploma de bacharel.

Pediu também a condenação da ré em danos morais.

O pedido da autora foi acolhido pelo STJ?

SIM. Isso porque é dever da instituição de ensino a informação clara e transparente acerca do curso ofertado, orientando e advertindo seus alunos acerca da separação entre bacharelado e licenciatura.

Vamos entender melhor.

Inversão do ônus da prova

A instituição de ensino sustentou que a autora teria sido devidamente informada sobre as duas modalidades de curso na área de educação física bem como as áreas de habilitação de cada curso e que no site já havia informações claras e objetivas sobre as novas modificações determinadas pelo CONFEF, informando que o licenciado atua desde a educação infantil até o ensino médio e o bacharelado nas demais áreas, exceto a educação.

Ocorre que, além de simplesmente alegar, era ônus da instituição demonstrar que prestou tais informações à aluna.

Falha na prestação de informações

No caso concreto, essa prova não foi feita, de modo que se deve reconhecer a vulnerabilidade técnica e informacional da consumidora e o ônus da ré em demonstrar que não houve, de sua parte, falha na prestação dos seus serviços.

O fato de a estudante ter concorrido no vestibular para o curso de licenciatura não é suficiente para se superar a alegação de que houve falha na informação já que no site da instituição constava que o curso em questão permitiria ao profissional o pleno exercício de suas funções, inclusive em clubes e academias. As Instituições de Ensino deveriam ter o cuidado redobrado de forma a alertar os vestibulandos que prestaram o concurso naquele ano, como no caso da Autora.

Dessa forma, em que pese a distinção ter decorrido de norma regulamentar dos Conselhos profissionais, tal fato não exime a obrigação das Sociedades de Ensino de comprovar que prestaram todas as informações possíveis aos alunos que se matricularam no curso de Licenciatura em Ed. Física acerca das novas restrições impostas.

Dever de fornecer informação adequada e clara

Vale recordar que, segundo os arts. 6º e 30 do CDC, é direito do consumidor e dever do fornecedor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços por ele fornecidos, estando o

vulnerável protegido contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas abusivas no fornecimento de produtos e serviços.

Em suma:

Constitui dever da instituição de ensino a informação clara e transparente acerca do curso ofertado, orientando e advertindo seus alunos acerca da separação entre bacharelado e licenciatura.

STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1.738.996-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 30/05/2022 (Info 746).

Súmula que tem relação indireta com o tema acima explicado:

Súmula 595-STJ: As instituições de ensino superior respondem objetivamente pelos danos suportados pelo aluno/consumidor pela realização de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação, sobre o qual não lhe tenha sido dada prévia e adequada informação.

Aprovada em 25/10/2017, DJe 06/11/2017.

Como a relação é consumerista, a instituição possui responsabilidade civil objetiva pelos danos causados, nos termos do art. 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Fica evidente a responsabilidade objetiva da instituição, considerando que ela deveria ter informado previamente os alunos que o curso não estava ainda reconhecido, informação que era fundamental para que eles decidissem se desejariam ou não se matricular.

Houve, portanto, descumprimento do dever de informar, gerando o direito à indenização.

PLANO DE SAÚDE

Rescisão de plano de saúde na pandemia após quitação de parcelas atrasadas foi abusiva

ODS 16

É abusiva a rescisão do contrato de plano de saúde pela operadora com fundamento na inadimplência, se quando da notificação exigida pela Lei nº 9.656/98 o consumidor não mais se encontra inadimplente, tendo adimplido todas as parcelas devidas com correção monetária e juros de mora.

A conduta da operadora ao cancelar o contrato quando as parcelas, embora com atraso, estavam todas pagas à época da rescisão, afrontou os deveres de cooperação e de solidariedade. Além disso, tal atitude revelou comportamento contraditório considerando que a operadora, depois de aceitar os pagamentos com atraso durante anos, rescindiu o contrato em 2020, em meio à crise sanitária da Covid-19.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.001.686-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é cliente do plano de saúde há muitos anos.

Em razão de dificuldades financeiras na pandemia, João atrasou o pagamento das mensalidades.

Indaga-se: o plano de saúde pode fazer a rescisão do contrato em razão da inadimplência? É necessária alguma providência?

SIM. Se a inadimplência for superior a 60 dias, a operadora do plano de saúde poderá suspender ou até mesmo rescindir unilateralmente o contrato. É o que prevê o art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

(...)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

Repare, contudo, na parte final do dispositivo: a lei exige que o consumidor seja notificado até o quinquagésimo (50º) dia de inadimplência.

Voltando ao nosso caso concreto:

Em 19/10/2020 João foi notificado sobre os atrasos constantes.

Ocorre que, neste dia, ele já havia quitado todas as parcelas pretéritas, com juros e correção monetária.

Mesmo assim, em 18/11/2020, a operadora enviou nova notificação informando que havia promovido a rescisão unilateral do contrato.

Agiu corretamente a operadora?

NÃO.

O STJ entendeu que foi contraditório o comportamento da operadora, pois esta recebia pagamentos atrasados com correção monetária de João desde 2005, mas deixou para rescindir o contrato durante a pandemia.

A boa-fé objetiva impõe à operadora de plano de saúde o dever de agir visando à preservação do vínculo contratual, dada a natureza dos contratos de plano de saúde e a posição de dependência dos beneficiários, especialmente dos idosos.

Assim, embora não se possa exigir que ela preste o serviço sem que para tanto receba a devida contraprestação, a rescisão do contrato por inadimplemento, autorizada pelo art. 13, II, da Lei nº 9.656/98, deve ser considerada a última medida, quando falhar a negociação da dívida ou a eventual suspensão do serviço.

Sob essa perspectiva, mostra-se contrária aos deveres de cooperação e solidariedade a conduta de rescindir o contrato quando, “embora pagas com atraso, todas as parcelas estavam adimplidas até a competência 10/2020” - competência imediatamente anterior à da rescisão, ocorrida em 18/11/2020 - com o devido acréscimo de correção monetária e juros de mora, revelando-se, sobretudo, contraditório o comportamento da operadora de fazê-lo em 2020, em meio à crise sanitária provocada pela pandemia do Covid-19, depois de “catar pagamentos com atraso”.

A situação de pandemia não constitui, por si só, justificativa para o não-pagamento, mas é circunstância que, por seu grave impacto na situação socioeconômica mundial, não pode ser desprezada pelos contratantes, tampouco pelo Poder Judiciário.

Não por outro motivo, inclusive, o legislador editou a Lei nº 14.010/2020 para dispor sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia do coronavírus (Covid-19), fixando como termo inicial o dia 20/03/2020.

Conquanto esse regime jurídico emergencial e transitório não se aplique às obrigações vencidas antes de 20/03/2020, como se tem na espécie, dele se extrai a intenção do legislador de garantir a preservação das relações jurídicas e a proteção dos vulneráveis durante o estado de emergência pública.

Tal panorama revela a ofensa à boa-fé objetiva pela operadora do plano de saúde ao rescindir o contrato de plano de saúde durante a pandemia.

Em suma:

É abusiva a rescisão do contrato de plano de saúde pela operadora com fundamento na inadimplência, se quando da notificação exigida pela Lei nº 9.656/98 o consumidor não mais se encontra inadimplente, tendo adimplido todas as parcelas devidas com correção monetária e juros de mora.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.001.686-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

DIREITO AMBIENTAL

REPARAÇÃO CIVIL POR DANO AMBIENTAL

Empresa que extrai minério de forma irregular tem que pagar a indenização pelos prejuízos causados e não pode pedir para abater desse montante as despesas que teve com essa atividade

Assunto já apreciado no Info 734-STJ

ODS 12 E 16

A empresa que efetua irregularmente a lavra de minério, enriquecendo-se ilicitamente, não pode pretender o ressarcimento dos custos operacionais dessa atividade *contra legem*, sob o argumento de que a não remuneração ensejaria o locupletamento sem causa da União.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.860.239-SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A União ajuizou ação civil pública contra uma empresa alegando que ela realizou lavra ilegal.

Segundo restou apurado, a empresa extraiu, de modo ilegal, 177.000m³ de areia, sem autorização, causando danos ambientais.

Essa quantidade de areia extraída teria valor estimado de R\$ 2 milhões.

Segundo a União, a atividade minerária é potencialmente poluidora e o fato de a extração ter sido realizada sem autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) reforça a presunção de existência de danos. Por isso, requereu que a ré fosse condenada a:

- a) restaurar os danos ambientais causados;
- b) restituir à União a quantia de R\$ 2 milhões.

A empresa contestou alegando, dentre outros argumentos, que o valor cobrado estaria equivocado. Isso porque deveria ser descontado todos os custos operacionais, administrativos, custo de capital investido, depreciação dos equipamentos e impostos, inclusive o Imposto de Renda sobre lucro líquido.

O argumento da empresa foi acolhido pelo STJ?

NÃO.

A empresa que efetua irregularmente a lavra de minério, enriquecendo-se ilicitamente, não pode pretender o ressarcimento dos custos operacionais dessa atividade *contra legem*, sob o argumento de que a não remuneração ensejaria o locupletamento sem causa da União.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.860.239-SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/08/2022 (Info 746).

O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que:

A indenização deve abranger a totalidade dos danos causados ao ente federal, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade de empresa infratora, que praticou conduta grave com a extração mineral irregular

STJ. 2ª Turma. REsp 1.923.855-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Não se mostra plausível a ideia de se premiar o infrator particular com a metade dos ganhos obtidos com a venda do minério por ele irregularmente lavrado, notadamente porque tal compreensão não reflete o princípio da integral reparação do dano, colidindo, ao invés, com o primado de que a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza.

Portanto, a empresa que efetua irregularmente a lavra de minério, enriquecendo-se ilicitamente, não pode pretender o ressarcimento dos custos operacionais dessa atividade *contra legem*, sob o argumento de que a não remuneração de tais custos ensejaria o locupletamento sem causa da União. Ao invés disso, desponta intuitivo que a prévia conduta antijurídica da mineradora particular afasta a proteção normativa que invoca para si.

ECA

INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

O juiz pode aplicar a multa do art. 249 do ECA abaixo do mínimo legal de três salários-mínimos

Assunto já apreciado no Info 636-STJ

ODS 16

O art. 249 do ECA prevê, como infração administrativa:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A situação de hipossuficiência econômica deve ser considerada como relevante para a fixação do valor da multa.

A multa imposta será revertida em favor de um fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança do Adolescente do respectivo município (art. 214 do ECA). Além disso, esse dinheiro será pago pela mãe e, obviamente, desfalcará o patrimônio da entidade familiar na qual está inserida a criança ou adolescente que se pretende proteger.

Diante disso, é admissível a redução do valor da multa do art. 249 do ECA, inclusive aquém do mínimo legal de três salários-mínimos, levando-se em consideração, de um lado, a gravidade das condutas e, de outro lado, a hipossuficiência financeira ou a vulnerabilidade da família.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.780.008/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

Apuração das infrações administrativas

O ECA prevê, em seus arts. 245 a 258-C, infrações administrativas.

Interessante explicar que, apesar de serem infrações administrativas, elas são apuradas por meio de procedimento conduzido pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude, na forma do art. 194 do ECA.

Início do procedimento

O procedimento para apuração da infração administrativa pode ser início de três modos:

- 1) por representação do Ministério Público;
- 2) por representação do Conselho Tutelar;

3) por auto de infração elaborado por servidor ou voluntário credenciado e assinado por duas testemunhas, se possível.

Intimação

A intimação do requerido será feita:

- I - pelo autuante (servidor ou voluntário credenciado), no próprio auto, quando o auto de infração for lavrado na presença do requerido;
- II - por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão;
- III - por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal;
- IV - por edital, com prazo de 30 dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal.

Defesa

O requerido terá prazo de 10 dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação.

Se não for caso de audiência

Se o requerido não apresentar defesa ou mesmo que ele apresente, o juiz poderá entender que não é necessário designar audiência para julgar o caso.

Assim, se o juiz entender que não é preciso realizar audiência, ele dará vista dos autos ao MP para que este se manifeste no prazo de 5 dias.

Em seguida, o magistrado, também no prazo de 5 dias, profere sentença.

Audiência de instrução

O juiz pode decidir que é necessária a realização de audiência de instrução.

Na audiência, será colhida a prova oral (testemunhas, psicólogas, assistentes sociais, requerido etc.).

Após as oitivas, o MP se manifesta por 20 minutos. Em seguida, o procurador do requerido (ou seja, seu advogado ou defensor público) também se manifesta por 20 minutos.

Esse prazo pode ser prorrogado por mais 10 minutos, a critério da autoridade judiciária.

Em seguida, o juiz profere a sentença.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Letícia, adolescente de 14 anos, deixou de frequentar a escola em decorrência da omissão e negligência de sua mãe, Regina.

Logo, ficou caracterizado o descumprimento de um dos deveres inerentes ao poder familiar.

O Promotor de Justiça ingressou, na vara da infância e juventude, com “representação civil por infração administrativa” afirmando que a mãe da adolescente praticou a conduta descrita no art. 249 do ECA e pedindo a sua condenação:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A Defensoria Pública, que fez a assistência jurídica da mãe, alegou que:

- o genitor da adolescente e cônjuge de Regina faleceu recentemente, de forma que a mãe é a única referência parental e fonte de subsistência de Letícia desde então;
- a condição socioeconômica de Regina e da entidade familiar é precária, com diminutos recursos frente às despesas.

Diante disso, a Defensoria Pública pediu para que fosse afastada a aplicação da multa. Essa tese pode ser acolhida, segundo a jurisprudência do STJ?

NÃO.

Não é admissível que se exclua a sanção aos pais apenas ao fundamento de hipossuficiência financeira ou vulnerabilidade econômica.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.780.008/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

A hipossuficiência financeira ou a vulnerabilidade familiar não é suficiente para afastar a multa pecuniária prevista no art. 249 do ECA.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.658.508-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/10/2018 (Info 636).

A sanção pecuniária prevista no art. 249 do ECA, embora topologicamente distante do art. 129, deve ser interpretada em conjunto com aquele rol.

A infração do art. 249, além de um cunho essencialmente sancionatório, possui também caráter preventivo, coercitivo e disciplinador. Em última análise, o objetivo é que tais condutas não mais se repitam, a bem dos filhos.

A situação econômica do infrator não deve parametrizar o exame da própria adequação da providência determinada, questão que melhor se amolda à ideia de que seja a medida efetivamente preventiva, pedagógica e inibidora da repetição das condutas censuradas.

Dito de outra maneira, a vulnerabilidade social e econômica da entidade familiar e dos pais não impede a aplicação da multa prevista no art. 249 do ECA se os requisitos de sua incidência estiverem presentes.

Como pleito subsidiário, a Defensoria Pública pediu que a multa fosse fixada em apenas 1 salário-mínimo. Isso é possível? O art. 249 do ECA fala que a multa vai de 3 a 20 salários-mínimos. É possível que o juiz aplique apenas 1 salário-mínimo em razão da vulnerabilidade econômica da família?

SIM. A situação de hipossuficiência econômica deve ser considerada como relevante para a fixação do valor da multa.

A multa imposta será revertida em favor de um fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança do Adolescente do respectivo município (art. 214 do ECA). Além disso, esse dinheiro será pago pela mãe e, obviamente, desfalcará o patrimônio da entidade familiar na qual está inserida a criança ou adolescente que se pretende proteger.

Diante disso, é possível a redução do valor da multa abaixo do valor mínimo previsto no art. 249 do ECA.

Conforme explica Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

“Convém ressaltar, no entanto, que, na prática dos Juízos da infância, observa-se no polo passivo que os responsáveis demandados são pessoas com escassas condições financeiras. Portanto, visando obter a finalidade da lei, mas sem prejudicar a renda da família carente (pois, em última análise, a criança alvo de proteção naqueles autos está nela inserida), tem-se optado, em respeito ao princípio da adequação punitiva, pela redução da multa (até mesmo em valor inferior ao determinado no tipo administrativo);” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Apontamentos sobre a infração administrativa prevista no art. 249 da Lei n. 8.069/1990 in Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 46, jul./ago. 2021, p. 55/57).

Assim, no caso concreto, o STJ determinou a incidência da multa. No entanto, fixou-a em apenas 1 salário-mínimo, ou seja, abaixo do limite previsto no art. 249 do ECA.

Em suma:

É admissível a redução do valor da multa do art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive aquém do mínimo legal de três salários-mínimos.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.780.008/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

DOD PLUS – JULGADO CORRELATO

Mesmo que o adolescente, durante o procedimento para apuração da infração do art. 249 do ECA, adquira a maioridade, ainda assim a multa poderá ser aplicada aos responsáveis

A multa instituída pelo art. 249 do ECA não possui caráter meramente preventivo, mas também punitivo e pedagógico, de modo que não pode ser afastada sob fundamentação exclusiva do advento da maioridade civil da vítima dos fatos que determinaram a imposição da penalidade.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.653.405-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 02/03/2021 (Info 687).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

As entidades beneficentes prestadoras de serviços à pessoa idosa têm direito à assistência judiciária gratuita, sem precisar comprovar insuficiência econômica

Importante!!!

ODS 16

Pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa também precisam demonstrar essa precariedade de sua situação financeira para terem direito à justiça gratuita?

Em regra, sim. É necessário demonstrar.

Súmula 481-STJ: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Contudo, existe uma exceção:

As entidades beneficentes prestadoras de serviços à pessoa idosa, em razão do seu caráter filantrópico ou sem fim lucrativo e da natureza do público atendido, têm direito ao benefício da assistência judiciária gratuita, independentemente da comprovação da insuficiência econômica. Isso ocorre em razão da previsão específica do art. 51 do Estatuto do Idoso:

Art. 51. As instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos prestadoras de serviço às pessoas idosas terão direito à assistência judiciária gratuita.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.742.251-MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

Garantia de assistência jurídica integral e gratuita

A CF/88 prevê a garantia da assistência jurídica integral e gratuita em seu art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Esse dispositivo constitucional consagra, na verdade, duas garantias:

I – Assistência jurídica integral e gratuita	II – Gratuidade da justiça (Assistência Judiciária Gratuita – AJG)
Fornecimento pelo Estado de orientação e defesa jurídica, de forma integral e gratuita, a ser prestada pela Defensoria Pública, em todos os graus, aos necessitados (art. 134 da CF). Regulada pela Lei Complementar 80/94.	Isenção das despesas que forem necessárias para que a pessoa necessitada possa defender seus interesses em um processo judicial. Disciplinada nos arts. 98 a 102 do CPC/2015.

Quem tem direito à gratuidade da justiça?

Tem direito à gratuidade da justiça a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98 do CPC/2015).

Quem está abrangido por ela?

- pessoas físicas (brasileiras ou estrangeiras);
- pessoas jurídicas (brasileiras ou estrangeiras).

O que é necessário para que a pessoa física obtenha o benefício da justiça gratuita?

Em se tratando de pessoa natural, a simples declaração de pobreza tem presunção *juris tantum*, bastando, a princípio, o simples requerimento para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita.

Todavia, o benefício pode ser indeferido quando o magistrado se convencer, com base nos elementos acostados aos autos, de que não se trata de hipótese de miserabilidade jurídica.

É a posição do STJ a partir da interpretação do art. 99, §§ 2º e 3º do CPC:

Art. 99 (...)

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Veja algumas questões de concurso sobre o tema:

- ☒ (Procurador Jurídico Câmara de Nova Benícia/ES 2018) Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural. (correta)
- ☒ (Analista Judiciário TRF2R 2017 Consulplan) A gratuidade de justiça poderá ser concedida à pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, que comprove insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, na forma da lei. (correta)
- ☒ (Defensor Público DPE/AC 2017 Cespe) O benefício da gratuidade da justiça é destinado somente às pessoas naturais. (incorreta)
- ☒ (Promotor de Justiça MPE/PI 2019 Cespe) O benefício da gratuidade de justiça não poderá ser concedido a estrangeiro não residente no Brasil. (incorreta)

O que é necessário para que a pessoa jurídica obtenha o benefício da justiça gratuita?

Em regra, ela deverá comprovar a precariedade de sua situação financeira:

A concessão do benefício de gratuidade da justiça a pessoa jurídica somente é possível quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, inexistindo, em seu favor, presunção de insuficiência de recursos.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.983.350/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 21/3/2022.

É ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.924.988/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/12/2021.

Pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa também precisam demonstrar essa precariedade de sua situação financeira para terem direito à justiça gratuita?

Em regra, sim. É necessário demonstrar.

Súmula 481-STJ: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

As pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando a simples declaração de pobreza. A prova da hipossuficiência para fins de concessão do benefício da gratuidade da justiça incumbe à pessoa jurídica, sendo irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente.

Não se justifica realizar a distinção entre pessoas jurídicas com ou sem finalidade lucrativa, pois, quanto ao aspecto econômico-financeiro, a diferença primordial entre essas entidades não reside na suficiência ou não de recursos para o custeio das despesas processuais, mas na possibilidade de haver distribuição de lucros aos respectivos sócios ou associados.

Além disso, muitas entidades sem fins lucrativos exploram atividade econômica em regime de concorrência com as sociedades empresárias, não havendo parâmetro razoável para se conferir tratamento desigual entre essas pessoas jurídicas.

Exceção: instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos que prestem serviço às pessoas idosas

Vimos acima que, em regra, as pessoas jurídicas, ainda que filantrópicas ou sem fins lucrativos, devem comprovar a hipossuficiência financeira para fazerem jus aos benefícios da justiça gratuita, haja vista que o lucro pode ser consequência da atividade desenvolvida. Justamente por isso, existe a Súmula 481 do STJ, que permanece válida.

Contudo, existe uma exceção:

As entidades beneficentes prestadoras de serviços à pessoa idosa, em razão do seu caráter filantrópico ou sem fim lucrativo e da natureza do público atendido, têm direito ao benefício da assistência judiciária gratuita, independentemente da comprovação da insuficiência econômica.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.742.251-MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

Por quê?

Por causa da previsão expressa do art. 51 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003):

Art. 51. As instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos prestadoras de serviço às pessoas idosas terão direito à assistência judiciária gratuita.

O art. 51 fala que tais instituições gozam do direito à assistência judiciária gratuita sem fazer qualquer outra exigência. Assim, entende-se que o art. 51 do Estatuto do Idoso dispensou tais instituições da necessidade de demonstração de insuficiência econômica.

Vale ressaltar que o art. 51 do Estatuto do Idoso, por ser mais específico, afasta a aplicabilidade do art. 99, § 3º do CPC neste ponto, em observância ao princípio da especialidade.

Dito de outra forma, o art. 51 do Estatuto do Idoso é uma exceção à regra geral do CPC/2015 e uma exceção à Súmula 481 do STJ.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Incide a Súmula 326 do STJ, no caso de discrepância entre o valor indicado no pedido e o quantum arbitrado na condenação, não havendo falar em sucumbência dos autores da demanda, vencedores em seu pedido indenizatório

Importante!!!

ODS 16

Caso concreto: João ajuizou ação de indenização por danos morais contra o jornal pedindo R\$ 1 milhão de reparação. O juiz reconheceu que o jornal cometeu grave erro na reportagem veiculada, praticando, portanto, ato ilícito, mas condenou o réu ao pagamento de apenas R\$ 25 mil. O jornal recorreu alegando que, como o autor pediu 1 milhão e somente obteve 25 mil,

ele obteve provimento equivalente a 2,5% do valor pleiteado, devendo, portanto, ser condenado ao pagamento de 97,5% dos honorários advocatícios e das verbas de sucumbência. O STJ acolheu a tese do réu? Não. No caso concreto, conforme demonstrado, existe uma substancial discrepância entre o quantum pleiteado a título de indenização e o valor arbitrado pelo juiz. Por conta disso, o réu alega que o autor sucumbiu na maior parte do pedido. O STJ, contudo, não concordou com essa argumentação.

Aplica-se aqui a Súmula 326-STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

O entendimento exposto na Súmula 326 do STJ permanece válido mesmo depois que o art. 292, V, do CPC/2015 passou a exigir que o autor da demanda indique o valor pretendido a título de reparação pelos danos morais que diz haver suportado.

O valor sugerido pela parte autora para a indenização por danos morais traduz mero indicativo referencial, apenas servindo para que o julgador pondere a informação como mais um elemento para a árdua tarefa de arbitrar o valor da condenação, a fim de que se afigure suficiente para reparar o prejuízo imaterial suportado pela vítima do evento danoso.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.837.386-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ajuizou ação de indenização por danos morais contra o jornal Estado de São Paulo pedindo R\$ 1 milhão de reparação.

O juiz reconheceu que o jornal cometeu grave erro na reportagem veiculada, praticando, portanto, ato ilícito, mas condenou o réu ao pagamento de apenas R\$ 25 mil.

O jornal recorreu alegando que, como o autor pediu 1 milhão e somente obteve 25 mil, ele obteve provimento equivalente a 2,5% do valor pleiteado, devendo, portanto, ser condenado ao pagamento de 97,5% dos honorários advocatícios e das verbas de sucumbência.

O STJ acolheu a tese do réu?

NÃO.

No caso concreto, conforme demonstrado, existe uma substancial discrepância entre o quantum pleiteado a título de indenização e o valor arbitrado pelo juiz. Por conta disso, o réu alega que o autor sucumbiu na maior parte do pedido.

O STJ, contudo, não concordou com essa argumentação.

O art. 292, V, do CPC/2015 prevê que o valor da causa nas ações indenizatórias - inclusive aquelas fundadas em danos morais - deve corresponder ao valor que foi pedido:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

(...)

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

Em razão dessa previsão, que não existia no CPC/1973, algumas vozes se levantaram dizendo que o entendimento manifestado na Súmula 326 do STJ estaria superado. Vamos lembrar o que diz esse enunciado que é do ano de 2006:

Súmula 326-STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Aprovada em 22/05/2006, DJ 07/06/2006.

A Súmula 326 do STJ ficou superada com o CPC/2015?

NÃO.

Essa súmula permanece aplicável:

Nos termos da Súmula 326/STJ, na ação de compensação por danos morais, a condenação em montante inferior ao postulado na petição inicial não implica sucumbência recíproca.
STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1672112/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/08/2020.

Por que o STJ editou a Súmula 326 do STJ? Quais são os argumentos a sustentam?

Podemos mencionar dois principais fundamentos:

1) Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode, para fins de arbitramento de sucumbência, sob pena de correr o risco de gerar um paradoxo de impor à vítima o pagamento de honorários advocatícios superiores ao deferido a título indenizatório (STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1710637/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/05/2018).

Explicando melhor com o caso concreto: se não houvesse a Súmula 326 do STJ, mesmo ficando reconhecido que o jornal errou e que João foi prejudicado, ele teria que pagar mais de honorários advocatícios de sucumbência do que receberia de indenização.

2) Em razão da natural dificuldade de ser aferida a lesão moral, deve-se entender que o valor do dano moral indicado na petição inicial é meramente uma estimativa feita pelo autor, de modo que na eventualidade de o juiz fixar uma quantia inferior, isso não o transforma em parcialmente vencido. Havendo condenação ao pagamento da indenização, deve-se considerar que apenas o réu foi vencido (STJ. 4ª Turma. REsp 432.177/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 28/10/2003).

Os fundamentos que levaram a edição da súmula permanecem hígidos

Conforme já dito, a Súmula 326 do STJ permanece aplicável. Isso porque esses dois pressupostos acima explicados ainda subsistem e não foram superados pelo simples fato de o art. 292, V, do CPC/2015 ter passado a exigir que o autor da demanda indique o valor pretendido a título de reparação pelos danos morais que diz haver suportado.

Essa indicação é feita exclusivamente para o fim de se estipular o valor da causa, com possível repercussão nas custas processuais e, eventualmente, na competência do órgão julgador. Além disso, essa indicação é feita em caráter meramente estimativo.

Contraria a lógica reparatória dizer que um provimento jurisdicional que declara a ilicitude do ato e o direito da vítima à indenização, com a condenação do ofensor no pagamento de prestação pecuniária, pode impor à vítima obrigação de custear os encargos processuais sucumbenciais em montante que supera o valor arbitrado para fins de ressarcimento. Esse entendimento viola o direito à reparação, que possui assento constitucional (art. 5º, V e X).

O arbitramento do valor da indenização é uma tarefa de competência exclusiva do órgão judiciário, com elevada carga de subjetividade, sendo de pouca influência a estimativa que o autor faz em sua petição inicial. Tanto isso é verdade que, mesmo se o réu for revel, o juiz não está obrigado a aceitar incondicionalmente o valor indicado pelo demandante da ação.

Mero indicativo referencial

Repita-se: o valor sugerido pela parte autora para a indenização por danos morais traduz mero indicativo referencial, apenas servindo para que o julgador pondere a informação como mais um elemento para a árdua tarefa de arbitrar o valor da condenação, a fim de que se afigure suficiente para reparar o prejuízo imaterial suportado pela vítima do evento danoso.

Valor sugerido na petição inicial não faz parte do pedido; faz parte da causa de pedir

Em uma ação de indenização, o pedido, em sentido estrito, é a condenação do réu ao pagamento da indenização.

O valor indicado pelo autor não faz parte do pedido propriamente dito.

O valor indicado pelo autor faz parte apenas da causa de pedir, limitando-se a representar a narrativa da parte no sentido de que, em sua avaliação, aquele prejuízo imaterial tem equivalência pecuniária no montante por ela indicado.

Se o juiz acolheu o pedido de condenação do réu ao pagamento da indenização, o sucumbente foi o réu

Na perspectiva da sucumbência, o acolhimento do pedido inicial - este entendido como sendo a pretensão reparatória *stricto sensu*, e não o valor indicado como referência -, com o reconhecimento do dever de indenizar, é o bastante para que ao réu seja atribuída a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, decerto que vencido na demanda, portanto sucumbente.

Mesmo com o art. 292, V, o autor da ação de indenização pode utilizar-se de fórmulas genéricas

A disposição contida no art. 292, V, do CPC versa, em essência, sobre o valor da causa, subsistindo a autorização legal para que a parte formule pedido genérico, nos termos do art. 324, § 1º, do CPC:

Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados;

II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;

III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

(...)

Justamente por isso, o autor pode valer-se de fórmulas genéricas como “indenização não inferior a”, sem que a condenação em montante superior à sua estimativa qualifique decisão *ultra petita*.

Vale a pena fazer uma ressalva. Imaginemos que a vítima de uma lesão ajuíza ação de indenização na qual pede que o réu seja condenado ao pagamento de R\$ 1 milhão, sendo R\$ 500 mil de danos morais pelo trauma sofrido no dia e R\$ 500 mil pelos danos estéticos decorrentes de suposta cicatriz que teria ficado. O juiz condena a R\$ 500 mil a título de danos morais, mas não reconhece a existência de danos estéticos. Haverá sucumbência parcial do demandante?

SIM. Haverá sucumbência parcial do demandante se o autor reivindica indenização por mais de um fato danoso ou prejuízo (v. g., danos estéticos, morais e à imagem) e o juiz reconhece o dever de indenizar para somente parte deles.

Da mesma forma, haverá sucumbência parcial do demandante quando o pedido envolve a reparação de prejuízo materiais, necessariamente delimitados e quantificados e apenas uma parcela dos pedidos é indeferida.

Em suma:

Incide a Súmula nº 326/STJ, no caso de discrepância entre o valor indicado no pedido e o quantum arbitrado na condenação, não havendo falar em sucumbência dos autores da demanda, vencedores em seu pedido indenizatório.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.837.386-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

RECLAMAÇÃO

Não se exige o esgotamento da instância ordinária como pressuposto de conhecimento da reclamação fundamentada em descumprimento de acórdão prolatado em Incidente de Assunção de Competência (IAC)

Importante!!!

ODS 16

O prévio esgotamento das instâncias ordinárias somente é exigido quando a reclamação objetivar a preservação da competência do STJ e a observância do recurso especial repetitivo. É isso que se extrai do art. 988, § 5º, II, do CPC que nada fala sobre IAC:

Art. 988 (...) § 5º É inadmissível a reclamação: (...) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Caso concreto: juiz federal, em 1ª instâncias, não acolheu o argumento de incompetência invocado pela ré na contestação. Ocorre que esse argumento de incompetência estava baseado no IAC 5, julgado pelo STJ. Diante disso, a ré ingressou com reclamação no STJ afirmando que o magistrado descumpriu o IAC 5. O STJ conheceu do IAC, mesmo o processo estando ainda em 1ª instância, sem sentença, e determinou a remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

STJ. 2ª Seção. Rcl 40.617-GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/08/2022 (Info 746).

RECLAMAÇÃO

O que é uma reclamação?

Reclamação é uma...

- ação
- proposta pela parte interessada ou pelo MP
- com o objetivo de cassar uma decisão judicial ou um ato administrativo que tenha violado:
 - a) a competência de um tribunal (Tribunal de 2º grau ou Tribunal Superior);
 - b) a autoridade de uma decisão do tribunal (Tribunal de 2º grau ou Tribunal Superior);
 - d) súmula vinculante;
 - e) decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade;
 - f) acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Natureza jurídica

A reclamação possui natureza jurídica de ação.

A reclamação constitucional é ação vocacionada para a tutela específica da competência e autoridade das decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal, não consubstanciando sucedâneo recursal (STF. 1ª Turma. Rcl 49352 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 04/11/2021).

Hipóteses de cabimento

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

(...) § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

☒ (Vunesp/PGM/Presidente Prudente/Procurador/2022) Não cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em sede de incidente de assunção de competência. (errado)

Existe ainda uma quinta hipótese que está prevista no § 5º do art. 988. Trata-se da reclamação proposta contra decisão que tenha descumprido tese fixada pelo STF em recurso extraordinário julgado sob o rito da repercussão geral. A Lei exige, no entanto, que, antes de a parte apresentar a reclamação, ela deve ter esgotado todos os recursos cabíveis nas "instâncias ordinárias". Veja a redação do dispositivo:

Art. 988 (...)

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Noção geral sobre o incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência é um instrumento por meio do qual se percebe que determinado processo que chegou ao Tribunal possui grande repercussão social e, em razão disso, o relator deste processo propõe que o julgamento deste feito seja realizado não pelo órgão julgador que normalmente seria competente, mas sim por órgão julgador “maior” previsto no Regimento Interno.

Ex: suponha que chegou um recurso especial no STJ; não se trata de um tema que se repita em inúmeros outros processos; no entanto, é uma relevante questão de direito com grande repercussão social; diante disso, o Relator poderá dizer o seguinte: esse recurso especial seria normalmente julgado pela Turma (composta por 5 Ministros); porém, em razão da sua relevância, proponho que a Seção assumam a competência para julgá-lo a fim de que tenhamos mais segurança jurídica, considerando que a Seção é composta por 10 Ministros oferecendo, portanto, um entendimento ampliado da posição do Tribunal sobre essa questão. Além disso, conforme veremos abaixo, essa decisão terá efeito vinculante.

Hipóteses

O incidente de assunção de competência está previsto no art. 947 do CPC/2015 e também nos Regimentos Internos dos Tribunais.

O caput e o § 4º trazem as hipóteses de cabimento:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

(...)

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

☒ (Juiz TRF3R 2022) O incidente de assunção de competência é instituto voltado a solucionar questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. (certo)

Por que o art. 947 fala que não poderá haver “repetição em múltiplos processos”?

Porque se houver essa repetição em múltiplos processos, o instrumento cabível será o incidente de resolução de demandas repetitivas ou o recurso especial repetitivo.

Nesse sentido:

Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos”, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.

Quem pode propor a assunção de competência?

O tema é tratado no § 1º do art. 947:

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

Quais processos podem ser objeto do incidente de assunção de competência?

- recursos;
- remessas necessárias;
- processos de competência originária.

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação adaptada:

O STJ, ao julgar Incidente de Assunção de Competência, disse que compete à Justiça do Trabalho julgar demanda relativa a plano de saúde de autogestão empresarial se ele for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo (STJ. 2ª Seção. EDcl no REsp 1799343/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/06/2020. Tema IAC 5).

João, empregado da Infraero, ingressou com ação na Justiça Federal comum, questionando o plano de saúde de autogestão empresarial que é oferecido aos funcionários.

A Infraero apresentou contestação e alegou incompetência da Justiça Federal para o processamento do feito, tendo em vista que o plano de saúde da Infraero foi instituído por acordo coletivo celebrado com o sindicato dos aeroportuários. Logo, eventuais demandas envolvendo esse plano de saúde deveriam tramitar na Justiça do Trabalho.

Ocorre que o Juiz Federal manteve o entendimento pela competência da Justiça Federal, a despeito da decisão proferida pelo STJ no IAC 5.

Diante disso, a Infraero ingressou com **reclamação** no STJ, nos termos do art. 988, IV, do CPC, sustentando que o Juiz Federal está descumprindo o que foi decidido no IAC 5:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

(...)

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

João contra argumentou afirmando que não caberia reclamação já que não houve esgotamento das instâncias ordinárias, conforme exige o art. 988, § 5º, II, do CPC:

Art. 988 (...)

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

O argumento de João foi acolhido pelo STJ? Era necessário o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, neste caso?

NÃO. O STJ entendeu que não se exige o esgotamento da instância ordinária para o conhecimento da reclamação fundamentada em descumprimento de acórdão prolatado em IAC.

O prévio esgotamento das instâncias ordinárias somente é exigido quando a reclamação objetivar a preservação da competência do STJ e a observância do recurso especial repetitivo. É isso que se extrai da literalidade do art. 988, § 5º, II, do CPC que nada fala sobre IAC. Vamos ler novamente:

Art. 988 (...)

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Desse modo:

Não se exige o esgotamento da instância ordinária como pressuposto de conhecimento da reclamação fundamentada em descumprimento de acórdão prolatado em Incidente de Assunção de Competência (IAC).
STJ. 2ª Seção. Rcl 40.617-GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/08/2022 (Info 746).

Obs: ultrapassada a discussão quanto ao conhecimento, no que tange ao mérito, o STJ julgou procedente a reclamação porque ficou demonstrado que, no caso, os pedidos formulados na ação originária estão relacionados com acordos coletivos de trabalho, de forma que a competência é, de fato, da Justiça do Trabalho, tal como definido no IAC 5/STJ.

DIREITO PENAL

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiteraões criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância

ODS 10 E 16

Caso concreto: o indivíduo furtou 3 desodorantes de uma farmácia (R\$ 38,00). Os bens foram recuperados. O Tribunal de Justiça negou a aplicação do princípio da insignificância.

O STJ tem entendido que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem ser a medida socialmente recomendável.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.957.218-MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 23/08/2022 (Info 746).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

João furtou 3 desodorantes de uma farmácia, avaliados em R\$ 38,00. O sujeito foi preso e o itens devolvidos.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João.

A defesa pediu que ele fosse absolvido com base no princípio da insignificância.

O “problema” é que o réu possui outras 4 condenações por furto. Trata-se, portanto, de multirreincidente específico.

Além disso, na data em que praticou este último furto, João estava cumprindo prisão domiciliar, de forma que nem poderia estar na rua.

Com base nessas circunstâncias específicas, o Tribunal de Justiça negou a aplicação do princípio da insignificância.

O réu interpôs recurso especial afirmando que, mesmo havendo a multirreincidência, deveria ser admitida a incidência do aludido princípio.

O STJ deu provimento ao recurso? É possível aplicar o princípio da insignificância neste caso?
NÃO.

A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiteraões criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância.
STJ. 6ª Turma. REsp 1.957.218-MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 23/08/2022 (Info 746).

É certo que há precedentes do Supremo Tribunal Federal em que se afasta a tipicidade material da conduta criminosa quando o furto é praticado para subtrair objeto de valor irrelevante, ainda que o paciente seja reincidente na prática delitiva.

Entretanto, a Corte também tem precedentes que apontam a relevância da análise da reincidência delitiva para afastar a tipicidade da conduta, conforme se verifica no julgamento do Habeas Corpus 123.108/MG, da Relatoria do Ministro Roberto Barroso, no qual, o Plenário do STF decidiu, por maioria de votos, que a “aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (conglobante), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados”.

É razoável concluir que a reincidência não impede, por si só, que se reconheça a insignificância penal da conduta à luz dos elementos do caso concreto, mas pode ser um dos elementos que justificam a tipicidade material da conduta.

No caso concreto, o Tribunal de Justiça concluiu que a multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiteraões criminosas eram circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância.

O STJ manteve esse entendimento considerando que tem prevalecido no Tribunal a seguinte conclusão:

- Em regra, a reiteration criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância.
- É possível que o STJ mantenha a absolvição pela insignificância caso as instâncias ordinárias, na situação concreta, tenham verificado que medida é socialmente recomendável.

Nesse sentido:

Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteration criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado.

Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

STJ. 3ª Seção. EAREsp 221.999/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
**Servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos
e não presta os serviços, não comete peculato**

Importante!!!

ODS 16

Caso hipotético: João, vereador, contratou seu primo Paulo para exercer o cargo público de assessor na Câmara Municipal. Ocorre que ele não trabalhava efetivamente. Apenas comparecia ao trabalho para assinar o ponto, sem que exercesse suas atribuições do cargo. Apesar disso, Paulo recebia remuneração todos os meses.

João e Paulo não praticaram nenhum crime.

Não é típico o ato do servidor que se apropria de valores que já lhe pertenceriam, em razão do cargo por ele ocupado.

Assim, a conduta do servidor poderia ter repercussões disciplinares ou mesmo no âmbito da improbidade administrativa, mas não se ajusta ao delito de peculato, porque seus vencimentos efetivamente lhe pertenciam.

Se o servidor merecia perceber a remuneração, à luz da ausência da contraprestação respectiva, é questão a ser discutida na esfera administrativo-sancionadora, mas não na instância penal, por falta de tipicidade.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.073.825-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, vereador, contratou seu primo Paulo para exercer o cargo público de assessor na Câmara Municipal. Ocorre que ele não trabalhava efetivamente. Apenas comparecia ao trabalho para assinar o ponto, sem que exercesse suas atribuições do cargo.

Eram aquilo que se chama na linguagem popular de “funcionário fantasma”.

Apesar disso, Paulo recebia remuneração todos os meses, situação que perdurou por anos.

O fato foi descoberto e o Ministério Público denunciou João e Paulo pela prática de peculato-desvio, delito previsto no art. 312 do Código Penal:

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Vale ressaltar que, no caso em questão, não há imputação de que João tomasse para si os vencimentos de Paulo, ou seja, não se tratava de “rachadinha”.

Também não há notícia de que verbas remuneratórias pagas em favor de Paulo fossem destinadas a qualquer outra pessoa além dele.

A imputação aqui é somente a de que o referido servidor não desempenhava, efetivamente, as funções para as quais foi nomeado.

A imputação feita pelo Ministério Público terá viabilidade? Houve crime?

NÃO.

Não é típico o ato do servidor que se apropria de valores que já lhe pertenceriam, em razão do cargo por ele ocupado.

Assim, a conduta de João poderia ter repercussões disciplinares ou mesmo no âmbito da improbidade administrativa, mas não se ajusta ao delito de peculato, porque seus vencimentos efetivamente lhe pertenciam.

Se o servidor merecia perceber a remuneração, à luz da ausência da contraprestação respectiva, é questão a ser discutida na esfera administrativo-sancionadora, mas não na instância penal, por falta de tipicidade:

(...) 1. Segundo o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, a agravada obteve atestados falsos de frequência, percebendo a remuneração do cargo de Agente Legislativo sem a devida prestação de serviços. Em razão disso, foi denunciada pela suposta prática do crime de peculato, descrito nos art. 312, caput, c/c art. 327, § 1º, do Código Penal.

(...)

4. A servidora em questão não se apropriou de verba ou dinheiro do Estado, porquanto a remuneração do cargo público lhe pertencia. Apenas, segundo a acusação, não efetuou a devida contraprestação de serviços.

(...)

6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça considera que “servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato” (Apn 475/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/5/2007, DJ 6/8/2007, p. 444). No mesmo sentido: RHC 60.601/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016.

7. O Supremo Tribunal Federal, no Inq 3.006, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/6/2014, DJe 22/9/2014, distinguiu, de um lado, os casos em que o objeto material da conduta reside na apropriação ou no desvio de valores pecuniários consistentes na remuneração de funcionário “fantasma” (p.ex. Inq 1.926, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 9/10/2008, DJe 21/11/2008; e Inq 2.449, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 2/12/2010, DJe 18/2/2011) e, de outro lado, a situações análogas às destes autos, nas quais o fato imputado à servidora consiste em se apoderar de sua própria remuneração, embora sem prestar os serviços atinentes ao cargo que ocupava na Assembleia Legislativa, o que poderia, em tese, configurar infração disciplinar ou ato de improbidade administrativa, mas não configura fato típico.

(...)

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.244.170/RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 2/8/2018.

Em suma:

Não é típico o ato do servidor que se apropria de valores que já lhe pertenceriam, em razão do cargo por ele ocupado.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.073.825-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

DOD QUESTÕES

(FGV TJ/SC Juiz Substituto 2022) Narra a denúncia que, no período entre janeiro de 2015 e dezembro de 2016, Jorge desviou dinheiro público, que teve posse em razão do cargo de deputado estadual, em proveito próprio e alheio, ao indicar Joyce, Cláudio e Marcelo para ocuparem, respectivamente, as funções comissionadas de assessora parlamentar e de secretários parlamentares em seu gabinete, na Assembleia Legislativa do Estado, sem exigir a integralidade da prestação dos serviços correspondentes. Segundo o Ministério Público, as nomeações foram fraudulentas, pois os elementos probatórios contidos nos autos demonstram que Joyce, Cláudio e Marcelo, embora nomeados para o exercício de funções gratificadas na Assembleia Legislativa, no gabinete de Jorge, não prestavam os serviços referentes às funções para as quais foram designados, limitando-se à realização de atividades de caráter particular, em prol do parlamentar. Diante desse quadro, é correto afirmar que Jorge desenvolveu:

- A) concussão;
- B) peculato-desvio;
- C) corrupção passiva;
- D) peculato-apropriação;
- E) conduta atípica.

Gabarito: letra E

DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Mesmo que João fosse prefeito, essa conduta também não configuraria o crime do art. 1º, I, do DL 201/67:

O pagamento de remuneração a funcionários fantasmas não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

O pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, pois a remuneração é devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.162.086-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 05/03/2020 (Info 667).

Situação diferente do caso de parlamentares que se apropriam de parte dos salários dos comissionados (“rachadinha”)

No caso de parlamentares que se apropriam de parte da remuneração dos servidores comissionados de seu gabinete (prática conhecida como “rachadinha”), o STJ já decidiu algumas vezes que configura peculato:

(...) 1. A conduta praticada pela recorrente amolda-se ao crime de peculato-desvio, tipificado na última parte do art. 312 do Código Penal.

2. Situação concreta em que parte dos vencimentos de funcionários investidos em cargos comissionados no gabinete da vereadora, alguns que nem sequer trabalhavam de fato, eram para ela repassados e posteriormente utilizados no pagamento de outras pessoas que também prestavam serviços em sua assessoria, porém sem estarem investidas em cargos públicos. (...)

STJ. 6ª Turma. REsp 1.244.377/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 03/04/2014.

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS

Se, no momento do oferecimento da denúncia, o acusado não exercer função ou cargo público, torna-se dispensável a defesa prévia prevista no art. 2º, I, do DL 201/67

Importante!!!

ODS 16

Caso hipotético: João, ex-prefeito, foi denunciado pelo crime do art. 1º, I, do DL 201/67. O juiz recebeu a denúncia. A defesa impetrou habeas corpus alegando que a denúncia não poderia ter sido recebida, uma vez que o juiz não ordenou a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, conforme exige o art. 2º, I, do DL 201/67 (“antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias”).

O STJ não concordou com o pedido da defesa.

O processo penal é regido pelo princípio do tempus regit actum. Assim, se no momento do oferecimento da denúncia o acusado não exercia função ou cargo público, torna-se dispensável a defesa prévia prevista no art. 2º, I, do DL 201/67.

Ademais, a defesa preliminar nos crimes de responsabilidade de prefeitos é suprida pela resposta à acusação do rito ordinário.

Não tendo a defesa demonstrado em que medida a ausência de notificação anterior ao recebimento da denúncia poderia gerar prejuízo à sua ampla defesa na ação penal, não há se falar em nulidade, nos termos do art. 563 do CPP.

STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 163.645-TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Decreto-Lei 201/67

O Decreto-Lei 201/67 é um ato normativo com status de lei ordinária e que prevê, em seu art. 1º, uma lista de crimes cometidos por Prefeitos no exercício de suas funções.

O DL 201/67 traz também regras de processo penal que deverão ser aplicadas quando ocorrerem os crimes ali previstos.

Vale ressaltar, mais uma vez, que o DL 201/67 foi recepcionado pela CF/88 como lei ordinária (Súmula 496 do STF).

O que são crimes de responsabilidade?

Tecnicamente falando, crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas praticadas por pessoas que ocupam determinados cargos públicos.

Caso o agente seja condenado por crime de responsabilidade, ele não receberá sanções penais (prisão ou multa), mas sim sanções político-administrativas (perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública).

O art. 1º prevê realmente crimes de responsabilidade?

NÃO. O art. 1º afirma que os delitos nele elencados são “crimes de responsabilidade”. Apesar de ser utilizada essa nomenclatura, a doutrina e a jurisprudência “corrigem” o legislador e afirmam que, na verdade, esses delitos são crimes comuns, ou seja, infrações penais iguais àquelas tipificadas no Código Penal e em outras leis penais.

Desse modo, o que o art. 1º traz são crimes funcionais cometidos por Prefeitos.

Vale ressaltar que os crimes de responsabilidade (em sentido estrito) dos Prefeitos estão previstos no art. 4º do DL 201/67. É nesse dispositivo que estão definidas as infrações político-administrativas dos alcaides. Nesse sentido: STF. Plenário. HC 70671, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 13/04/1994.

Os crimes funcionais dos Prefeitos estão previstos exclusivamente no art. 1º do DL 201/67?

NÃO. Os Prefeitos poderão responder também pelos crimes funcionais previstos no Código Penal e em outras leis penais, desde que tais condutas não estejam descritas no art. 1º do DL 201/67.

Os crimes tipificados nas demais leis somente incidirão para os Prefeitos se não estiverem previstos no DL 201/67, que é norma específica.

Bem jurídico protegido pelos tipos do art. 1º

O patrimônio da Administração Pública e a moralidade administrativa.

Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, uma vez que somente pode ser praticado pelo Prefeito (ou por quem esteja no exercício desse cargo, como o Vice-Prefeito ou o Presidente da Câmara de Vereadores).

É possível a coautoria e a participação?

SIM. O crime do art. 1º é próprio, somente podendo ser praticado por Prefeito, mas é possível que ocorram as figuras da coautoria e da participação, nos termos do art. 29 do CP.

Em outras palavras, além do Prefeito, outras pessoas podem responder pelo delito como coautores ou partícipes. Exs: um Secretário Municipal, um contador, um assessor etc.

Se o sujeito comete o crime do art. 1º do DL 201/67, mas termina seu mandato sem que ele seja denunciado, é possível que ele responda pelo delito mesmo não sendo mais Prefeito?

Claro que sim. Existem dois enunciados afirmando isso:

Súmula 164-STJ: O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Dec. lei n. 201, de 27/02/67.

Súmula 703-STF: A extinção do mandato do Prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do DL 201/67.

Feita essa revisão, imagine agora a seguinte situação hipotética:

João, durante seu mandato de prefeito, teria se apropriado de dinheiro público.

Foi iniciada uma investigação para apurar os fatos.

Antes que terminasse a apuração, João concluiu seu mandato e ficou sem exercer qualquer função ou cargo público.

Passado mais algum tempo, João foi denunciado pelo crime do art. 1º, I, do DL 201/67:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

O juiz recebeu a denúncia.

A defesa impetrou *habeas corpus* contra essa decisão alegando que a denúncia não poderia ter sido recebida, uma vez que o juiz não ordenou a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, conforme exige o art. 2º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967:

Art. 2º O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:
I - Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro no mesmo prazo.
(...)

Dessa forma, no rito do DL 201/67, exige-se que, antes do recebimento da denúncia, o magistrado confira a possibilidade de o denunciado apresentar uma resposta preliminar. Somente após analisar esta resposta é que o juiz decide se recebe ou não a denúncia.

Para a defesa, teria havido nulidade em razão de não ter sido cumprido o rito processual específico.

O STJ concordou com o pedido da defesa?

NÃO. Isso porque, no momento da análise quanto ao recebimento da denúncia, o réu não era mais prefeito.

O processo penal é regido pelo princípio do *tempus regit actum*. Assim, se no momento do oferecimento da denúncia o acusado não exercia função ou cargo público, torna-se dispensável a defesa prévia prevista no art. 2º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967, que tem por escopo a proteção do interesse público e da atividade exercida pelo servidor público, motivo da real preocupação do legislador.

Ademais, a defesa preliminar nos crimes de responsabilidade de prefeitos é suprida pela resposta à acusação do rito ordinário, em que é permitida não apenas a formal rejeição da denúncia como, inclusive, mais ampla e benéficamente ao acusado, o juízo de sua sumária inocência (STJ. 6ª Turma. AgRg no RHC 88.026/PE, relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 13/8/2019).

Assim, no caso concreto, não tendo a defesa demonstrado em que medida a ausência de notificação anterior ao recebimento da denúncia poderia gerar prejuízo à sua ampla defesa na ação penal, não há se falar em nulidade, uma vez que, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Em suma:

Se, no momento do oferecimento da denúncia, o acusado não exercer função/cargo público, torna-se dispensável a defesa prévia prevista no art. 2º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967.

STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 163.645-TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Em caso de denúncia envolvendo crime do DL 201/67 e delito diverso, deverá ser assegurada a defesa prévia para ambas as imputações

Se o réu é denunciado por crime previsto no art. 1º do DL 201/67 em concurso com outro delito cujo rito segue o CPP (ex: art. 312 do CP), o magistrado ou Tribunal, antes de receber a denúncia, deverá dar oportunidade para que o denunciado ofereça defesa prévia. Não pode a defesa prévia ser concedida apenas para a imputação referente ao art. 1º do DL 201/67. A defesa prévia antes do recebimento da denúncia é prevista no art. 2º, I, do DL 201/67, que é considerado procedimento especial e, portanto, prevalece sobre o comum.

STF. 1ª Turma. AP 912/PB, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856).

Obs: o entendimento manifestado nesta AP 912/PB não é contraditório com o que foi explicado no AgRg no RHC 163.645-TO. Se, no momento da denúncia, o denunciado ainda é prefeito e está sendo acusado, na mesma denúncia, por dois delitos (um pelo DL e outro pelo Código Penal), deve-se assegurar a defesa prévia para ambos.

LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605/98)

O princípio da intranscendência da pena também se aplica para pessoas jurídicas; assim, se uma empresa que está respondendo processo por crime ambiental for incorporada, sem nenhum indício de fraude, haverá extinção da punibilidade

Importante!!!

ODS 16

O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CF/88, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento.

Se a pessoa jurídica que estava respondendo processo penal por crime ambiental for incorporadora, ela se considera legalmente extinta (art. 219, II, da Lei nº 6.404/76). Logo, neste caso, se não houver nenhum indício de fraude, deve-se aplicar analogicamente o art. 107, I, do CP (morte do agente), com a consequente extinção de sua punibilidade.

Obs: este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.977.172-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/08/2022 (Info 746).

No Brasil, existe a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais?

SIM. O art. 225, § 3º, CF/88 prevê o seguinte:

Art. 225 (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei nº 9.605/98, regulamentando o dispositivo constitucional, estabeleceu:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Vale ressaltar que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome:

É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que a represente.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp n. 1.988.504/RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 14/6/2022.

Assim, a jurisprudência do STF e do STJ não mais adota a chamada teoria da “dupla imputação”, antiga posição segundo a qual a pessoa jurídica somente poderia ser punido se em conjunto com uma pessoa física. Veja como o tema é cobrado em provas:

☒ (Vunesp/PGM/Ribeirão Preto/Procurador/2019) Atualmente, tanto o STF como o STJ consideram a necessidade de dupla imputação, tanto da pessoa física, que praticou o ato, como da pessoa jurídica, em crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas. (errado)

Feitos esses esclarecimentos, veja o seguinte caso concreto julgado pelo STJ:

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação penal contra uma empresa (Agrícola Jandele S.A.) imputando-lhe o delito tipificado no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) porque ela teria causado poluição mediante lançamento de resíduos sólidos (derivados de milho e soja) em desconformidade com as exigências contidas na legislação estadual.

A denúncia foi recebida em 24/08/2018.

Algum tempo depois, a Agrícola Jandele foi incorporada por outra empresa (Seara Alimentos Ltda.). Isso significa que a Agrícola Jandele foi absorvida pela Seara Alimentos e deixou de existir.

O art. 227 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) nos esclarece em que consiste a incorporação:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

No mesmo sentido é o art. 1.116 do Código Civil:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Desse modo, juridicamente, a Agrícola Jandele, ao ser incorporada, deixou de existir, conforme prevê o art. 219, II, da Lei nº 6.404/76:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

(...)

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

Diante disso, a Seara Alimentos impetrou mandado de segurança suscitando a tese de extinção da punibilidade, porque a ré originária da ação penal (Agrícola Jandelle S.A.) foi incorporada pela impetrante, com o encerramento de sua personalidade jurídica.

Logo, pediu para que se aplicasse, por analogia, o art. 107, I, do Código Penal, e que fosse extinta a punibilidade:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:
I - pela morte do agente;
(...)

A impetrante argumentou que ela (Seara Alimentos), apesar de ter incorporado a ré, não pode ser responsabilizada penalmente porque se trata de pessoa jurídica distinta. Se ela fosse responsabilizada criminalmente pela conduta de outra pessoa, isso afrontaria o princípio da intrascendência da pena, previsto no art. 5º, XLV da Constituição e no 13 do Código Penal:

Art. 5º (...)
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. (...)

O Tribunal de Justiça do Paraná concordou com a tese e extinguiu a punibilidade.

O Ministério Público, contudo, interpôs recurso especial alegando que:

- a) o princípio da intrascendência ou pessoalidade da pena atinge o ser humano, não o ente coletivo, não se podendo considerar extinta a punibilidade do ente coletivo com sua incorporação, condenado ou sob perseguição, sob pena de aniquilar-se os fins preventivos do direito penal da pessoa jurídica;
- b) o inciso XLV do artigo 5º da Constituição da República se refere à ideia da intrascendência da pena, todavia a CF/88 admite que sanções patrimoniais possam ir além, alcançando seus sucessores até o valor do patrimônio transferido;
- c) o artigo 4º da Lei 9.605/98 prevê a desconsideração da pessoa jurídica, caso ela seja obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

O STJ deu provimento ao recurso do MP?

NÃO.

As responsabilidades civil e administrativa podem ser transferidas para a empresa incorporadora

A incorporadora sucede a empresa incorporada, assumindo seus direitos e obrigações. Contudo, somente os direitos e obrigações compatíveis com a natureza da incorporação.

A obrigação é uma relação de caráter patrimonial, que permite exigir de alguém uma prestação (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4).

O ilícito ambiental praticado, em tese, pela Agrícola Jandelle acarreta responsabilização cível, penal e administrativa.

A responsabilidade reparar o dano ambiental na esfera cível ou administrativa gera obrigações que podem ser transferidas para a empresa incorporadora. Em tais relações, de natureza indiscutivelmente patrimonial, é possível identificar todos os elementos que estruturam uma obrigação, a saber: (I) as partes ativa e passiva (elemento subjetivo), (II) o objeto, que consiste em prestações patrimoniais de dar ou fazer, e (III) o vínculo jurídico que os une (a responsabilidade civil decorrente da lei, nessa situação hipotética). Por conseguinte, as obrigações reparatórias derivadas do ato ilícito descrito na denúncia podem ser redirecionadas (em tese), nos exatos limites dos arts. 1.116 do CC/2002 e 227 da Lei nº 6.404/76.

A responsabilidade penal não pode ser transferida

A pretensão punitiva estatal pela prática do crime tipificado no art. 54 da Lei nº 9.605/98 não se enquadra no conceito de obrigação e não pode ser transmitida.

As sanções criminais não se equiparam a obrigações cíveis, porque o fundamento jurídico de sua incidência é distinto.

Na relação entre o Ministério Público e o réu em uma ação penal, não existem os três elementos obrigacionais há pouco referenciados, justamente porque a pretensão punitiva criminal não é uma obrigação, dela divergindo em suas fontes, estruturas e consequências.

No aspecto estrutural, o vínculo das obrigações recai sobre o patrimônio do devedor (art. 798 do CPC), enquanto a pretensão punitiva sujeita não só os bens do acusado, mas também sua liberdade e, em casos extremos, sua própria vida (art. 5º, XLVII, “a”, da CF/88) à potestade estatal.

Essa severidade adicional do braço sancionador do Estado justifica outra diferença nas estruturas da obrigação e da pretensão punitiva: enquanto a obrigação, sem atravessar a crise do inadimplemento, pode ser espontaneamente cumprida pelo devedor, a pretensão punitiva sequer é tecnicamente adimplível.

O autor de um delito não pode, ele próprio, reconhecer a prática do crime e privar-se de sua liberdade com uma pena reclusiva, sendo imprescindível a intermediação do Poder Judiciário para a imposição de sanções criminais - e isso mesmo nos casos em que o sistema jurídico permite negociações entre acusação e defesa a seu respeito, como nos acordos de colaboração premiada, regidos pela Lei nº 12.850/2013.

Por fim, as consequências jurídicas da obrigação e da pretensão punitiva são também distintas. Se de um lado a obrigação reclama adimplemento (espontâneo ou forçado) ou resolução em perdas e danos, a pretensão punitiva, de outro, gera a aplicação de pena quando julgada procedente pelo Poder Judiciário. Todas essas diferenciações demonstram que não é possível enquadrar a pretensão punitiva na transmissibilidade regida pelos arts. 1.116 do CC/2002 e 227 da Lei nº 6.404/76, o que nos traz a uma conclusão intermediária: não há, no regramento jurídico da incorporação, norma autorizadora da extensão da responsabilidade penal à incorporadora por ato praticado pela incorporada.

Princípio da pessoalidade ou transcendência

Ainda no aspecto consequencial, a pena (sanção penal) possui um regramento próprio, com garantias específicas que não existem no campo do direito das obrigações. Uma dessas garantias é justamente o princípio da pessoalidade ou intranscendência, previsto no art. 5º, XLV, da CF/88:

Art. 5º (...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Para o Ministério Público, esse princípio não teria aplicação às pessoas jurídicas, destinando-se exclusivamente às pessoas naturais.

O STJ, contudo, não acolheu esse argumento:

O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.977.172-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/08/2022 (Info 746).

Se houver fraude ou único propósito de se isentar da pena, a solução pode ser distinta

Neste caso concreto apreciado pelo STJ, a ação penal havia sido extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Logo, não havia qualquer indício de que a incorporação pudesse ter sido utilizada como uma fraude para que a empresa se isentasse de eventual responsabilização penal.

O STJ afirmou, contudo, que, se ocorrer fraude na incorporação ou se a incorporação for verdadeira, mas apenas realizada para se escapar do cumprimento da pena aplicada em sentença definitiva, nestes casos,

haverá evidente distinção do precedente acima explicado, devendo ser aplicada consequência jurídica diversa.

Ocorrendo fraude na incorporação ou incorporação verdadeira para fugir da pena, será possível, em tese, haver a desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena.

Trata-se de soluções em tese possíveis para evitar o esvaziamento da pretensão punitiva estatal, a serem aprofundadas pelo Judiciário nas hipóteses sobreditas. Se configurada alguma dessas outras hipóteses, haverá distinção em relação ao precedente ora firmado, com a necessária aplicação de consequência jurídica diversa.

Em suma:

O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal, tem aplicação às pessoas jurídicas, de modo que, extinta legalmente a pessoa jurídica - sem nenhum indício de fraude -, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do Código Penal, com a consequente extinção de sua punibilidade.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.977.172-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/08/2022 (Info 746).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

INCIDENTES E MEDIDAS CAUTELARES

A constrição judicial que incide em imóvel bloqueado gerido por Fundo de Investimentos em Participações (FIP) deve estar adstrita à cota-parte do acusado/cotista

ODS 16

Caso adaptado: Arthur é réu em um processo penal. O juiz decretou o sequestro dos bens de todos os seus bens. Um dos imóveis bloqueados é um hotel. O hotel é de propriedade da LSH Barra Empreendimentos Imobiliários S.A, controlada por um Fundo de Investimento em Participações (FIP). Esse hotel foi bloqueado porque Arthur tem 14% das cotas desse FIP. As demais cotas pertencem a outros 16 acionistas não investigados.

Em um juízo de razoabilidade, e para evitar o excesso cautelar, a constrição deve ser reduzida a 14% das cotas pertencentes ao acusado no referido Fundo de Investimentos, tendo em vista que não faz sentido que os 16 demais cotistas, que não fazem parte do relação processual penal da base, tenham o seu patrimônio afetado pelo bloqueio.

STJ. 6ª Turma. AgRg no RMS 58.018-RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 23/08/2022 (Info 746).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Arthur é réu em um processo penal.

O juiz decretou o sequestro dos bens de todos os bens de Arthur.

Um dos imóveis bloqueados é um hotel.

O hotel é de propriedade da LSH Barra Empreendimentos Imobiliários S.A, controlada por um Fundo de Investimento em Participações (FIP).

Esse hotel foi bloqueado porque Arthur tem 14% das cotas desse FIP. As demais cotas pertencem a outros 16 acionistas não investigados.

A LSH pediu para que a indisponibilidade fique restrita à cota-parte de Arthur.

O pedido deve ser acolhido?

SIM.

Vale ressaltar que, em princípio, “não há óbice ao sequestro de bens de pessoa jurídica, ainda que esta não conste do polo passivo da investigação ou da ação penal, desde que verificada a presença de indícios veementes de que tenha sido utilizada para a prática de delitos” (STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1712934/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019).

Contudo, importante esclarecer que FIP (Fundo de Investimento em Participações) é um condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza (art. 1.368 do CC). Logo, pertence também a outras pessoas não pode responder integralmente por delitos imputados a um indivíduo que detém apenas 14% das cotas do fundo.

Desse modo, num juízo de razoabilidade, e para evitar o excesso cautelar, a constrição deve ser reduzida a 14% das cotas pertencentes ao acusado no referido Fundo de Investimentos, tendo em vista que não faz sentido que os 16 demais cotistas, que não fazem parte do relação processual penal da base, tenham o seu patrimônio afetado pelo bloqueio.

No mesmo sentido é o entendimento da Terceira Turma do STJ:

O patrimônio gerido pelo Fundo de Investimento em Participações (FIP) pertence, em condomínio, a todos os investidores (cotistas), a impedir a responsabilização do fundo por dívida de um único cotista, de modo que, em tese, não poderia a constrição judicial recair sobre todo o patrimônio comum do fundo de investimento por dívidas de um só cotista, ressalvada a penhora da sua cota-parte.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.965.982-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05/04/2022 (Info 733).

Em suma:

A constrição judicial que incide em imóvel bloqueado gerido por Fundo de Investimentos em Participações (FIP) deve estar adstrita à cota-parte do acusado/cotista.

STJ. 6ª Turma. AgRg no RMS 58.018-RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 23/08/2022 (Info 746).

PRISÃO

**Se o MP pediu a aplicação de medida cautelar diversa da prisão,
o juiz está autorizado a decretar a prisão?**

Importante!!!

Divergência entre as Turmas do STJ

ODS 16

Se o Ministério Público pediu a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, o juiz está autorizado a decretar a prisão sob o argumento de que se trata de uma espécie de medida cautelar?

5ª Turma: NÃO

Se o requerimento do Ministério Público limita-se à aplicação de medidas cautelares ao preso em flagrante, é vedado ao juiz decretar a medida mais gravosa - prisão preventiva -, por configurar uma atuação de ofício.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 754.506-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

6ª Turma: SIM

A determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex officio.

STJ. 6ª Turma. RHC 145.225-RO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 15/02/2022 (Info 725).

Depois da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), ainda é possível que o juiz, de ofício, converta a prisão em flagrante em prisão preventiva?

NÃO. Antes da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a jurisprudência entendia que o juiz, após receber o auto de prisão em flagrante, poderia, **de ofício**, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Ocorre que a Lei nº 13.964/2019 revogou os trechos do CPP que previam a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio*.

Em suma:

Após o advento da Lei nº 13.964/2019, não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação por parte ou da autoridade policial, do querelante, do assistente, ou do Ministério Público, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia.

A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do CPP, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou representação da autoridade policial.

Logo, não é mais possível, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.

STJ. 3ª Seção. RHC 131.263, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/02/2021 (Info 686).

STF. 2ª Turma. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020 (Info 994).

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João foi preso em flagrante.

Logo em seguida, ele foi levado para a audiência de custódia.

O Ministério Público pugnou pela concessão da liberdade provisória mediante a aplicação de cautelares diversas da prisão, dentre elas o recolhimento domiciliar.

Contudo, a juíza que presidia a audiência entendeu que estavam presentes os requisitos do art. 312 do CPP e decretou a prisão preventiva (medida extrema / cautelar máxima) de João.

A Defensoria Pública, presente na audiência, protestou afirmando que a magistrada agiu de ofício ao decretar a prisão preventiva, considerando que o MP pediu apenas medidas cautelares diversas da prisão.

Para a Defensora, houve atuação de ofício, em contrariedade às mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime.

A magistrada respondeu que não estava decidindo de ofício. “O Ministério Público requereu a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Logo, ele pediu a aplicação de medidas cautelares. Eu só estou decretando uma medida cautelar diversa daquela que o Parquet requereu. Desse modo, estou agindo mediante requerimento da acusação.”

A afirmação da magistrada está correta? Se o MP pediu a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, o juiz está autorizado a decretar a prisão?

Se o Ministério Público pediu a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, o juiz está autorizado a decretar a prisão sob o argumento de que se trata de uma espécie de medida cautelar?	
5ª Turma: NÃO	6ª Turma: SIM
Se o requerimento do Ministério Público limita-se à aplicação de medidas cautelares ao preso em flagrante, é vedado ao juiz decretar a medida mais gravosa - prisão preventiva -, por configurar uma atuação de ofício. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 754.506-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/08/2022 (Info 746).	A determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex officio. STJ. 6ª Turma. RHC 145.225-RO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 15/02/2022 (Info 725).

A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019, preservando e valorizando as características essenciais da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, modificou a disciplina das medidas de natureza cautelar, especialmente as de caráter processual, estabelecendo um modelo mais coerente com as características do moderno processo penal.

O art. 310 e os demais dispositivos do CPP devem ser interpretados privilegiando o regime do sistema acusatório vigente em nosso país, nos termos da Constituição Federal, que outorgou ao Parquet a relevante função institucional de “promover, privativamente, a ação penal pública” (art. 129, I, CF/88).

Assim, a despeito da manifestação do Ministério Público em audiência de custódia, a prisão que venha a ser decretada por Magistrado, à revelia de um requerimento expresso nesse sentido, configura uma atuação de ofício em contrariedade ao que dispõe a nova regra processual penal.

Não se desconhece a existência do RHC 145.225-RO, precedente da 6ª Turma acerca do tema. Ocorre que, neste julgado, houve 2 votos divergentes, demonstrando não se tratar de tema pacífico.

Assim, tratando-se de pedido do Ministério Público limitado à aplicação de medidas cautelares ao preso em flagrante, é vedado ao juiz decretar a medida mais gravosa, a prisão preventiva, por configurar uma atuação de ofício.

Vale ressaltar que o fato de o Ministério Público, no julgamento do habeas corpus contra a decisão, ter se manifestado favoravelmente à manutenção da prisão preventiva, não tem o condão de suprir/sanar a ilegalidade da prisão decretada de ofício em primeiro grau, considerando que o habeas corpus é uma ação de manejo exclusivo da defesa em benefício do réu.

A decisão que decreta a prisão preventiva, desde que precedida da necessária e prévia provocação do Ministério Público, formalmente dirigida ao Poder Judiciário, mesmo que o magistrado decida pela cautelar pessoal máxima, por entender que apenas medidas alternativas seriam insuficientes para garantia da ordem pública, não deve ser considerada como de ofício.

Isso porque uma vez provocado pelo órgão ministerial a determinar uma medida que restrinja a liberdade do acusado em alguma medida, deve o juiz poder agir de acordo com o seu convencimento motivado e analisar qual medida cautelar pessoal melhor se adequa ao caso.

Impor ou não cautelas pessoais, de fato, depende de prévia e indispensável provocação. Entretanto, a escolha de qual delas melhor se ajusta ao caso concreto há de ser feita pelo juiz da causa. Entender de forma diversa seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo Ministério Público, de modo a transformar o julgador em mero chancelador de suas manifestações, ou de lhe transferir a escolha do teor de uma decisão judicial.

Saliente-se que esse é igualmente o posicionamento adotado quando o Ministério Público pugna pela absolvição do acusado em alegações finais ou memoriais e, mesmo assim, o magistrado não é obrigado a absolvê-lo, podendo agir de acordo com sua discricionariedade.

Dessa forma, a determinação do magistrado, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex officio, uma vez que lhe é permitido atuar conforme os ditames legais, desde que previamente provocado, no exercício de sua jurisdição.

PRISÃO

A necessidade de interrupção do ciclo delitivo de associações e organizações criminosas é fundamento idôneo para justificar a custódia cautelar e a garantia da ordem pública

ODS 8 E 16

O acusado que foi preso preventivamente é apontado como um dos principais beneficiários de desvios de milhões de reais de recursos públicos, ocupando posição de liderança na organização criminosa constituída para fraudar licitações e contratações públicas, inclusive durante a Covid-19.

Mesmo depois da deflagração da operação policial, teria havido distribuição de dinheiro pela organização criminosa, com armazenamento de valores em local tido como bunker.

Além disso, o paciente e outro investigado teriam tentado a destruição ou ocultação de provas, ao apagarem todos os registros de conversas do aplicativo WhatsApp com o intuito de destruir evidências.

Diante desse cenário, o STJ denegou o pedido formulado no habeas corpus e manteve a prisão preventiva. Isso porque estão presentes indícios suficientes de autoria e de materialidade delitiva e há motivação idônea, concreta e contemporânea, para o decreto prisional, seja pela necessidade de interromper o ciclo delitivo da organização criminosa, seja para evitar a reiteração delitiva, ou mesmo a fim de assegurar a conveniência da instrução criminal.

Tais particularidades demonstram a gravidade real dos fatos, a periculosidade social do paciente e a reiteração delitiva, havendo, portanto, motivação idônea e contemporânea para o decreto prisional.

STJ. 6ª Turma. HC 730.721-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Carlos teve prisão temporária decretada, juntamente com outros investigados, no bojo da “Operação Contágio”, por suposta participação no esquema criminoso que teria sido formado para desvio de dinheiro público durante o combate à Covid-19.

A prisão temporária foi revogada por decisão liminar proferida pelo Ministro do STJ no HC 661.275/SP.

Com a continuidade das investigações, a autoridade policial representou por novas medidas cautelares, como a realização de busca e apreensão, sequestro de bens, suspensão de atividades econômicas de empresas supostamente envolvidas no esquema criminoso e a prisão preventiva dos investigados.

O juiz deferiu alguns pedidos e decretou a prisão preventiva de Carlos.

A defesa impetrou habeas corpus e o tema foi novamente levado ao STJ.

O STJ manteve a prisão preventiva decretada em desfavor de Carlos?

SIM.

Segundo o STJ, o paciente é apontado como um dos principais beneficiários finais dos desvios de recursos públicos (cerca de 18 milhões de reais) e médico com posição de liderança na organização criminosa constituída para fraudar licitações e contratações públicas realizadas por diversos municípios do Estado de São Paulo, por intermédio, desde 2018, de associação relacionada ao serviço de saúde, inclusive com a instalação e administração de hospitais de campanha destinados ao enfrentamento da pandemia de Covid-19. Tudo num complexo e estruturado esquema criminoso, voltado à prática de lavagem de capitais, de peculato, falsidade ideológica e uso de documento falso.

Mesmo depois da deflagração da Operação Contágio, em 20/04/2021, teria havido distribuição de dinheiro pela organização criminosa, com armazenamento de valores em local tido como bunker (a Polícia Federal chegou a apreender mais de 463 mil reais); teria ocorrido a orientação pelos líderes da organização para que os sócios formais das empresas de fachada se ocultassem.

Os desvios de recursos públicos estariam continuando mesmo após a nomeação de interventor judicial na associação.

O paciente e outro investigado teriam tentado a destruição ou ocultação de provas, ao apagarem todos os registros de conversas do aplicativo WhatsApp com o intuito de destruir evidências.

Nesse sentido, estão presentes indícios suficientes de autoria e de materialidade delitiva e há motivação idônea, concreta e contemporânea, para o decreto prisional, seja pela necessidade de interromper o ciclo delitivo da organização criminosa, seja para evitar a reiteração delitiva, ou mesmo a fim de assegurar a conveniência da instrução criminal.

Tais particularidades demonstram a gravidade real dos fatos, a periculosidade social do paciente e a reiteração delitiva, havendo, portanto, motivação idônea e contemporânea para o decreto prisional.

Em suma:

A necessidade de interrupção do ciclo delitivo de associações e organizações criminosas é fundamento idôneo para justificar a custódia cautelar e a garantia da ordem pública.

STJ. 6ª Turma. HC 730.721-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

PROVAS

A guarda municipal, por não estar entre os órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da CF, não pode exercer atribuições das polícias civis e militares; a sua atuação deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município

Importante!!!

ODS 16

Caso concreto: dois guardas municipais estavam fazendo um patrulhamento nas ruas do bairro quando se depararam com Douglas sentado na calçada. Ao avistar a viatura, Douglas se levantou e colocou uma sacola plástica na cintura. Os guardas municipais desconfiaram da conduta e decidiram abordá-lo. Os agentes fizeram uma revista pessoal e encontraram drogas na posse de Douglas, que foi preso em flagrante. Para o STJ, essa busca pessoal foi ilegal e, portanto, a prova dela derivada também é ilícita.

As guardas municipais não possuem competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais.

A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “polícias municipais”.

O papel das guardas municipais é tão somente o de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

A busca pessoal do art. 244 do CPP só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição. Assim, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito.

A prisão em flagrante por qualquer do povo, prevista no art. 301 do CPP, só é aplicável para flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém.

É possível e recomendável que os guardas municipais exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, de modo a garantir que não tenham sua

estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações.

Os guardas municipais até podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas.

Os guardas municipais poderão realizar busca pessoal, mas apenas em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais.

É o caso, por exemplo, de alguém que seja visto tentando pular o muro para fora de uma escola municipal em situação que indique ser provável haver furtado um bem pertencente à instituição e ter consigo a res furtiva; ou, ainda, a hipótese de existir fundada suspeita de que um indivíduo esteja vendendo drogas dentro da sala de aula de uma escola municipal, o que, por certo, deve ser coibido pelos agentes incumbidos de resguardar a adequada execução do serviço público municipal de educação no local. Nessas situações extraordinárias, os guardas municipais estarão autorizados a revistar o suspeito para confirmar a existência do crime e efetuar a prisão em flagrante delito, se for o caso.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.119-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Dois guardas municipais estavam fazendo um patrulhamento nas ruas do bairro quando se depararam com Douglas sentado na calçada.

Ao avistar a viatura, Douglas se levantou e colocou uma sacola plástica na cintura.

Os guardas municipais desconfiaram da conduta e decidiram abordá-lo.

Os agentes fizeram uma revista pessoal e encontraram drogas na posse de Douglas, que foi preso em flagrante. Douglas foi condenado por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

A defesa interpôs apelação alegando que a prisão foi ilegal já que esta não é a função da guarda municipal. O TJ/SP manteve a sentença por entender que foi válida a ação dos agentes já que “guardas municipais podem prender em flagrante, como qualquer pessoa do povo, na dicção do artigo 301 do CPP” e “não há dúvida de que as circunstâncias – especialmente a atitude do apelante em face da Guarda Municipal – tornavam presentes elementos que apontavam para a situação de flagrância”:

Código de Processo Penal.

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

O réu interpôs recurso especial insistindo na tese da ilicitude das provas já que houve busca pessoal realizada por guardas civis, sem ciência prévia do flagrante e sem mandado judicial.

Para tanto, apontou contrariedade ao art. 244 do CPP:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

Guardas municipais

Guarda municipal é uma instituição de caráter civil, uniformizada e armada, vinculada ao Poder Executivo Municipal, formada por servidores públicos efetivos, concursados, e que tem por função a proteção dos bens, serviços e instalações do Município.

Veja o que diz a Lei nº 13.022/2014 (Estatuto Geral das Guardas Municipais):

Art. 2º Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A guarda municipal mereceu previsão expressa na CF/88:

Art. 144 (...)

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Guardas municipais não são “polícias municipais”

A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “polícias municipais”.

O papel das guardas municipais é tão somente o de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

Guardas municipais não estão no rol de órgãos de segurança pública

Os incisos do art. 144 da CF/88 listam os órgãos de segurança pública:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

Repare que as guardas municipais não estão aí previstas.

A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte, apesar de ter havido iniciativas que buscavam inclui-las. A intenção do legislador constituinte foi a de que não existisse nenhuma forma de polícia municipal.

Polícias Militar e Civil estão sujeitas ao controle externo do Ministério Público

A Polícia Militar quanto a Polícia Civil, por exerceram a força pública e o monopólio estatal da violência, estão sujeitas a rígido controle correccional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF/88) e do Poder Judiciário.

Já as guardas municipais — apesar da sua relevância — não estão sujeitas a nenhum controle correccional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário.

“É de ser ver com espanto, em um Estado Democrático de Direito, uma força pública imune a tais formas de fiscalização, a corroborar, mais uma vez, a decisão conscientemente tomada pelo Poder Constituinte originário quando restringiu as balizas de atuação das guardas municipais à vigilância do patrimônio municipal.”

“Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar - em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais - o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo. Se mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.”

Desvirtuamento das guardas municipais

A exemplificar o patente desvirtuamento das guardas municipais na atualidade, cabe registrar que muitas delas estão alterando suas denominações para "Polícia Municipal". Ademais, inúmeros municípios pelo país afora - alguns até mesmo de porte bastante diminuto - estão equipando as suas guardas com fuzis, equipamentos de uso bélico, de alto poder letal e de uso exclusivo das Forças Armadas.

A busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição

Conforme já vimos acima, o art. 244 do CPP prevê o seguinte:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, porque não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista.

Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito.

Art. 301 do CPP abrange apenas os flagrantes visíveis de plano

Ao dispor no art. 301 do CPP que “qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém.

Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes.

Guardas municipais possuem atribuição sui generis de segurança

Os guardas municipais não são equiparáveis a policiais.

Por outro lado, os guardas municipais, no exercício de suas funções, também não são cidadãos comuns, ou seja, possuem mais atribuições que um cidadão comum no que tange à segurança.

Os guardas municipais são agentes públicos com atribuição *sui generis* de segurança, pois, embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição Federal, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da CF/88, que trata da segurança pública em sentido amplo.

Assim, se por um lado os guardas municipais não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro lado também não estão plenamente reduzidos à mera condição de “qualquer do povo”. São

servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger o patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

Guardas municipais podem exercer vigilância de instalações públicas municipais

Desse modo, é possível e recomendável que os guardas municipais exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, de modo a garantir que não tenham sua estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações.

Nessa esteira, os guardas municipais até podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas.

Atribuição de combater o tráfico de drogas é da polícia

Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais.

Guardas municipais só poderão realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais

Os guardas municipais poderão realizar busca pessoal, mas apenas em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais.

Em outras palavras, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais.

Vale ressaltar que não basta que o crime seja praticado em um bem público municipal, como, por exemplo, uma rua municipal, ou contra algum habitante do município. É preciso que, na hipótese dos bens e instalações municipais, o crime do qual se suspeita atente contra a sua integridade física; no caso dos serviços, por sua vez, é necessário que a conduta possa obstar a sua adequada execução.

É o caso, por exemplo, de alguém que seja visto tentando pular o muro para fora de uma escola municipal em situação que indique ser provável haver furtado um bem pertencente à instituição e ter consigo a res furtiva; ou, ainda, a hipótese de existir fundada suspeita de que um indivíduo esteja vendendo drogas dentro da sala de aula de uma escola municipal, o que, por certo, deve ser coibido pelos agentes incumbidos de resguardar a adequada execução do serviço público municipal de educação no local. Nessas situações extraordinárias, os guardas municipais estarão autorizados a revistar o suspeito para confirmar a existência do crime e efetuar a prisão em flagrante delito, se for o caso.

Voltando ao caso concreto

No caso, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Por desconfiar de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito.

Ainda que eventualmente se considerasse provável que a sacola ocultada pelo réu contivesse objetos ilícitos, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado.

Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito, o que, por não haver sido

feito, macula a validade da diligência por violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP.

Em suma:

As guardas municipais não possuem competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.119-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

DOD PLUS – JULGADOS CORRELATOS

A guarda municipal pode, e deve, prender quem se encontre em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301 do CPP.

Todavia, ultrapassando os limites próprios de uma prisão em flagrante, os agentes integrantes da Guarda Municipal não podem efetuar diligências típicas de uma investigação criminal para ingressar em residência ou propriedade de pessoa em cujo poder nada de ilícito foi encontrado.

STF. 1ª Turma. RE 1281774 AgR-ED-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. p/ Acórdão: Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 13/06/2022, DJE 26/08/2022.

Caso concreto:

Hipótese em que a prisão realizada pela Guarda Municipal ultrapassou os limites próprios da prisão em flagrante.

Prisão realizada, no caso, a partir de denúncia anônima, seguida de diligências investigativas e de ingresso à residência do suspeito

Todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou mesmo fora de serviço, independentemente do número de habitantes do Município.

STF. Plenário. ADC 38/DF, ADI 5538/DF e ADI 5948/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 27/2/2021 (Info 1007).

É constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício do poder de polícia de trânsito, inclusive para a imposição de sanções administrativas legalmente previstas (ex.: multas de trânsito).

STF. Plenário. RE 658570/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 6/8/2015 (repercussão geral) (Info 793).

PROVAS

**Inválido o reconhecimento feito vítima três meses após o roubo,
quando o suspeito se encontrava em uma maca de hospital**

ODS 10 E 16

Caso adaptado: Regina foi assaltada por três pessoas em janeiro de 2018. Na Delegacia, não reconheceu nenhuma das fotos que lhe foram apresentadas. A vítima afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado no dia dos fatos e alegou aparentarem ser os assaltantes menores de idade. A despeito disso, três meses depois, afirmou com convicção ter reconhecido o agente que, à época do delito, já contava com 27 anos de idade e o reconhecimento foi reforçado pela apresentação das fotografias do suspeito na delegacia. Todos esses elementos considerados em conjunto e somados ao fato de que nenhuma outra prova independente e idônea - que não o depoimento da vítima - ter sido

apresentada configuram a nulidade do reconhecimento, porquanto realizado quase três meses após o fato, reforçada a memória da vítima pela apresentação de fotografias do suspeito na delegacia, circunstâncias que contaminariam a idoneidade do reconhecimento realizado em juízo.

É nula a condenação fundamentada em reconhecimento fotográfico que, além de ter sido realizado com grande lapso temporal dos fatos, encontra-se em contradição com os depoimentos prestados pela vítima, não sendo possível a sua convalidação em juízo.

STJ. 6ª Turma. HC 664.537-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Regina foi assaltada por três pessoas em janeiro de 2018.

Na Delegacia, não reconheceu nenhuma das fotos que lhe foram apresentadas.

Afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado e disse que os três assaltantes aparentavam ser menores de idade.

Em abril do mesmo ano, ou seja, quase três meses após o fato, a vítima alegou ter reconhecido um dos assaltantes em uma maca de hospital, momento em que se deslocou à Delegacia para denunciar o fato.

Foram apresentadas novas fotografias à vítima, que reconheceu um dos assaltantes. Ele foi levado à Delegacia, tendo sido reconhecido por Regina pessoalmente.

A defesa impetrou habeas corpus no qual alegou a nulidade do reconhecimento fotográfico porque feito em dissonância com o que dispõe o art. 226 do CPP:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Afirmou, ainda, que a vítima não teve condições de fazer o retrato falado dos acusados em sede policial logo após o crime, todavia o fez três meses após o fato e nas dependências de um hospital.

No dia da audiência de reconhecimento a vítima teria permanecido por horas no mesmo corredor com o investigado, o que tornou o ato eivado de vício insanável.

O STJ concordou com o pedido da defesa?

SIM.

Os elementos informativos colhidos não se mostram suficientes para atribuir a autoria ao investigado/paciente.

A vítima afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado no dia dos fatos e alegou aparentarem ser os assaltantes menores de idade. A despeito disso, três meses depois, afirmou com convicção ter reconhecido o agente que, à época do delito, já contava com 27 anos de idade e o reconhecimento foi reforçado pela apresentação das fotografias do suspeito na delegacia.

Todos esses elementos considerados em conjunto e somados ao fato de que nenhuma outra prova independente e idônea - que não o depoimento da vítima - ter sido apresentada configuram a nulidade do reconhecimento, porquanto realizado quase três meses após o fato, reforçada a memória da vítima

pela apresentação de fotografias do suspeito na delegacia, circunstâncias que contaminariam a idoneidade do reconhecimento realizado em juízo.

Sobre o reconhecimento de pessoas, o STJ firmou recentemente entendimento no sentido de que além do regramento previsto no art. 226 do CPP ser de observância obrigatória, não prescinde de corroboração por outros elementos indiciários submetidos ao crivo do contraditório na fase judicial.

Com tal entendimento, objetiva-se a mitigação de erros judiciais gravíssimos que, provavelmente, resultaram em diversas condenações lastreadas em acervo probatório frágil, como o mero reconhecimento fotográfico de pessoas em procedimentos crivados de vícios legais e até psicológicos - dado o enviesamento cognitivo causado pela apresentação irregular de fotografias escolhidas pelas forças policiais -, que acabam por contaminar a memória das vítimas, circunstância que reverbera até a fase judicial e torna inviável posterior convalidação em razão do viés de confirmação.

Em suma:

É nula a condenação fundamentada em reconhecimento fotográfico que, além de ter sido realizado com grande lapso temporal dos fatos, encontra-se em contradição com os depoimentos prestados pela vítima, não sendo possível a sua convalidação em juízo.

STJ. 6ª Turma. HC 664.537-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

Portanto, foi concedida a ordem para anular o feito, com a consequente absolvição do agente.

DOD REVISÃO – RELEMBRE OS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS SOBRE ESSE TEMA PARA NÃO CONFUNDIR

O art. 226 do CPP estabelece formalidades para o reconhecimento de pessoas (reconhecimento pessoal). O descumprimento dessas formalidades enseja a nulidade do reconhecimento

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

STJ. 6ª Turma. HC 598.886-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020 (Info 684).

O descumprimento das formalidades exigidas para o reconhecimento de pessoas (art. 226 do CPP) gera a nulidade do ato; o réu condenado será absolvido, salvo se houver provas da autoria que sejam independentes

A desconformidade ao regime procedimental determinado no art. 226 do CPP deve acarretar a nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios, justificando-se eventual condenação somente se houver elementos independentes para superar a presunção de inocência.

STF. 2ª Turma. RHC 206846/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/2/2022 (Info 1045).

Se a vítima é capaz de individualizar o autor do fato, é desnecessário instaurar o procedimento do art. 226 do CPP

O art. 226 do CPP trata sobre o procedimento para reconhecimento de pessoa.

Vale ressaltar que esse dispositivo diz que o reconhecimento de pessoa somente será realizado “quando houver necessidade”, ou seja, quando houver dúvida sobre a identificação do suposto autor. Isso porque a prova de autoria não é tarifada pelo Código de Processo Penal, podendo ser comprovada por outros meios.

No caso concreto, houve um reconhecimento sem observância das formalidades do art. 226 do CPP. No entanto, apesar disso, a condenação foi mantida porque havia outras provas e a autoria delitiva não estava em dúvida mesmo antes desse reconhecimento.

STJ. 6ª Turma. HC 721963-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 19/04/2022 (Info 733).

Mesmo que o reconhecimento pessoal não tenha observado as formalidades legais, não será o caso de absolvição se a vítima relatou, nas fases inquisitorial e judicial, conhecer o réu, bem como o pai do acusado, por serem vizinhos

No caso em que o reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial não tenha observado o procedimento legal, mas a vítima relata o delito de forma que não denota riscos de um reconhecimento falho, dá-se ensejo a distinguishing quanto ao acórdão do HC 598.886/SC, que invalida qualquer reconhecimento formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP.

STJ. 6ª Turma. REsp 1969032-RS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), julgado em 17/05/2022 (Info 739).

REVISÃO CRIMINAL

Não é cabível revisão criminal proposta como se fosse uma nova apelação, buscando reexaminar fatos e provas

ODS 16

Não é cabível revisão criminal quando utilizada como se fosse uma nova apelação, com vista a reexame de fatos e provas, não se verificando contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do Código de Processo Penal.

O fato de corréus terem sido beneficiados pelo “tráfico privilegiado” (art. 33, §4º, da Lei de Drogas) não implica necessária extensão a todos os envolvidos no fato delitivo.

STJ. 3ª Seção. AgRg na RvCr 5.735-DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 11/05/2022 (Info 746).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi denunciado por tráfico de drogas juntamente com Pedro e Tiago, corréus.

A defesa de João pediu o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado).

Os três réus foram condenados. O juiz negou a aplicação do art. 33, § 4º, da LD em favor de João afirmando que não estavam preenchidos os requisitos legais. Por outro lado, Pedro e Tiago receberam o benefício do tráfico privilegiado.

João interpôs apelação insistindo que preenchia os requisitos necessários para ter direito à causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Alegou ser primário, possuidor de bons antecedentes, além de não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Sustentou ainda a ausência de isonomia entre a sua sentença e a dos corréus.

O Tribunal de 2ª instância manteve a sentença condenatória.

Houve trânsito em julgado.

João ingressou com revisão criminal pugnando, mais uma vez, pela aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Alegou, mais uma vez, ser primário, possuidor de bons antecedentes, além de não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Sustentou ainda a ausência de isonomia entre a sua sentença e a dos corréus.

Essa revisão criminal será conhecida?

NÃO. Não é cabível revisão criminal quando a defesa a utiliza como se fosse uma nova apelação, pedindo o reexame de fatos e provas, sem demonstrar contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante exige o art. 621, I, do Código de Processo Penal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
(...)

No caso concreto, a pretensão do autor limitou-se a rediscutir tudo aquilo que fora objeto de análise no processo penal originário.

A prova já havia sido objeto de apreciação pelas instâncias competentes, não havendo nenhuma informação adicional a modificar a conclusão alcançada.

O fato de os corréus terem sido beneficiados com a minorante, não é motivo, por si só, para se aplicar automaticamente o benefício para ele, tendo em vista que vigora o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88).

Em suma:

Não é cabível revisão criminal quando utilizada como se fosse uma nova apelação, com vista a reexame de fatos e provas, não se verificando contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do Código de Processo Penal.

STJ. 3ª Seção. AgRg na RvCr 5.735-DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 11/05/2022 (Info 746).

DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Jurisprudência em Teses (Ed. 63):

1) A revisão criminal não é meio adequado para reapreciação de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva.

A revisão criminal é instrumento excepcional, não podendo ser utilizado para reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto a matéria de direito, seja quanto a matéria de fato.

Em outras palavras, na revisão criminal não se pode querer rediscutir os argumentos que já foram alegados e rejeitados durante o processo criminal.

STF. Plenário. RvC 5437/RO, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/12/2014 (Info 772).

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

Súmula 654-STJ

Na apuração do ICMS/ST para medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas, não se aplicam os valores constantes da tabela de PMC publicada pela ABCFarma

Súmula 654-STJ: A tabela de preços máximos ao consumidor (PMC) publicada pela ABCFarma, adotada pelo Fisco para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática da substituição tributária, não se aplica aos medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas.

STJ. 1ª Seção. Aprovada em 24/08/2022.

ICMS

O ICMS é um imposto *estadual* previsto no art. 155, II, da CF e na LC 87/96:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Principais características do imposto:

- *plurifásico*: incide sobre o valor agregado, obedecendo-se ao princípio da não-cumulatividade;
- *real*: as condições da pessoa são irrelevantes;
- *proporcional*: não é progressivo;
- *fiscal*: tem como função principal a arrecadação.

Fatos geradores

Resumidamente, o ICMS pode ter os seguintes fatos geradores:

- circulação de mercadorias;
- prestação de serviços de transporte intermunicipal;
- prestação de serviços de transporte interestadual;
- prestação de serviços de comunicação.

Substituição tributária progressiva

A substituição tributária progressiva, também chamada de substituição tributária “para frente” ou subsequente, é uma técnica de arrecadação de alguns impostos, em especial o ICMS.

Na substituição tributária progressiva, a lei prevê que o tributo deverá ser recolhido antes mesmo que ocorra o fato gerador. Desse modo, primeiro há um recolhimento do imposto e o fato gerador se dará em um momento posterior.

Diz-se, então, que o fato gerador é presumido porque haverá o pagamento do tributo sem ter certeza de que ele irá acontecer.

A substituição tributária progressiva é prevista na própria CF/88:

Art. 150 (...) § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Exemplo dado por Ricardo Alexandre:

“A” é uma refinaria de combustíveis que vende a gasolina para os distribuidores (“B”), que revendem para os postos de gasolina (“C”), que, por fim, vendem ao consumidor final (“D”).

Para o Estado é mais fácil cobrar de “A” todo o tributo que irá incidir sobre a cadeia produtiva. Assim, “A” pagará o imposto por ele devido como contribuinte e também os impostos que irão incidir sobre as vendas futuras (nesse caso, pagará como substituto tributário/responsável tributário).

(ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 317-319).

Veja como fica a cadeia de vendas e a incidência do imposto:

- “A” vende para “B” (“A” paga o tributo como contribuinte e também já paga, como responsável tributário, o imposto relacionado com as vendas futuras).
- “B” vende para “C” (“B” não pagará mais o imposto, uma vez que este já foi pago por “A”, como substituto tributário).
- “C” vende para os consumidores (“C” não pagará o imposto, uma vez que este já foi pago por “A”, como substituto).

Assim, todo o tributo é pago de uma só vez por “A”, sendo calculado sobre o valor pelo qual se presume que a mercadoria será vendida ao consumidor. (ALEXANDRE, Ricardo, p. 319).

Regime de valor agregado

Esse cálculo do valor que se supõe que a mercadoria será vendida é feito mediante a aplicação do regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC 87/96:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

ABCFarma

ABCFarma é a sigla para Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, uma entidade sem fins lucrativos, que tem por finalidade precípua defender os interesses das empresas e empreendedores do comércio farmacêutico.

Revista ABCFarma

A ABCFARMA disponibiliza uma revista mensal, de distribuição nacional, que veicula a mais completa e atualizada lista de preços de medicamentos do país. Trata-se da única publicada por uma entidade ligada ao varejo farmacêutico. É, portanto, referência para farmácias e drogarias, além de ser utilizada pelo Fisco para o cálculo do ICMS.

Feitas estas considerações, imagine a seguinte situação hipotética:

A “Bio Remédios” é uma distribuidora de medicamentos que vende remédios para hospitais e clínicas.

A referida empresa vendeu centenas de remédios “Dorsem” para os hospitais e recolheu ICMS-ST, calculando o valor de cada medicamento por R\$ 300,00.

A empresa justificou que encontrou este valor pegando o preço que ela vende o remédio para os hospitais e adicionando a margem de valor agregado (MVA), nos termos do art. 8º, II, “c”, da LC 87/96.

Ocorre que o Fisco estadual não concordou e afirmou que a empresa, na condição de substituto tributário, deveria ter recolhido o imposto sobre R\$ 500,00 por cada remédio, já este é o Preço Máximo de venda a Consumidor (PCM) publicado em Revistas e Informativos de Classes, ABCFarma).

Para o Fisco, a empresa violou a Cláusula Segunda do Convênio 76/94 e o art. 8º, § 2º da LC 87/96, que preconizam:

Cláusula Segunda - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor, e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Art. 8º (...)

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

A questão chegou até o STJ. A posição defendida pelo Fisco foi acolhida pelo Tribunal?
NÃO.

PCM é legítima, no entanto, quando o medicamento será vendido para clientes em drogarias

Mostra-se legítima a estipulação da base de cálculo do ICMS, com fundamento no Preço Máximo ao Consumidor (chamado de PMC) sugerido pelo fabricante de medicamentos e divulgado por revista especializada de grande circulação.

No entanto, a fixação do PMC dirige-se ao comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias, hipótese diversa da presente situação, na qual os medicamentos destinavam-se exclusivamente ao uso hospitalar restrito, endereçados a clínicas, casas de saúde, hospitais e assemelhados, acondicionados em embalagens especiais, para atendimento dos pacientes, sem possibilidade de comercialização no comércio varejista, dirigido aos consumidores finais, em balcão.

O preço praticado para os hospitais e clínicas é notadamente inferior àquele que é utilizado na venda em drogarias para os clientes, já que a quantidade comprada pelos hospitais faz com que o preço seja inferior.

Resolução da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos

Vale ressaltar que a Resolução nº 3, de 04 de maio de 2009, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, prevê em seu art. 2º que o Preço Máximo ao Consumidor - PMC será o “teto de preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácia e drogarias”.

Além disso, esta resolução veda a sua utilização para medicamentos de uso restrito a hospitais e clínicas:

Art. 3º Fica proibida a publicação de Preço Máximo ao Consumidor - PMC, em qualquer meio de divulgação, para medicamentos cujo registro defina ser “de uso restrito a hospitais e clínicas”.

Assim, repetindo, o preço máximo de venda ao consumidor publicado em revistas e informativos de classes (como é o caso da ABCFarma) é até válido como forma de cálculo do ICMS-ST, no entanto, apenas para o comércio varejista praticado em farmácias e drogarias, não servindo para a venda de medicamentos de uso restrito a hospitais e clínicas.

Em uma simples frase: a tabela de preços máximos ao consumidor (PMC) publicada pela ABCFarma, adotada pelo Fisco para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática da substituição tributária, não se aplica aos medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas.

Nesse sentido:

No caso de venda de medicamentos de uso restrito a hospitais e clínicas, a base de cálculo do ICMS/ST é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria (art. 2º, I, do DL nº 406/1968), e não o valor

correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido por fabricante de medicamentos (Cláusula Segunda do Convênio nº 76/1994).

STJ. 1ª Turma. REsp 1.229.289-BA, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), Rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3/5/2016 (Info 588).

A tabela de Preços Máximos ao Consumidor (PMC) publicada pela ABCFARMA, adotada pelo fisco para o estabelecimento da base de cálculo do ICMS/ST, não se aplica aos medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas, uma vez que, consideradas as peculiaridades dessa operação de venda, notadamente a forma de acondicionamento da mercadoria e o volume de aquisição, são comercializados com preços diferenciados daqueles que são oferecidos no comércio varejista pelas farmácias e drogarias.

STJ. 1ª Turma. EDcl nos EDcl no REsp n. 1.237.400/BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/4/2016.

Jurisprudência em Teses (Ed. 177):

8) Na apuração do ICMS/ST para medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas, não se aplicam os valores constantes da tabela de Preços Máximos ao Consumidor (PMC) publicada pela ABCFARMA.

ICMS

O ICMS não incide sobre o serviço de inserção de publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet

Importante!!!

ODS 16

O serviço de disponibilização de espaço para publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet configura serviço de valor adicionado (art. 60 da Lei nº 9.472/97), pois se utiliza dos meios (infraestrutura) já disponibilizados para o público em geral por terceiros para acrescentar ao serviço de comunicação novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento e apresentação das informações ali contidas.

De acordo com o § 1º do art. 60 da Lei nº 9.472/87, o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações.

Assim, em razão do que prevê o § 1º do art. 61, o serviço de valor adicionado não pode ser objeto de tributação pelo ICMS-comunicação por não se confundir com os serviços de telecomunicação propriamente ditos.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.598.445-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

O UOL é um dos maiores portais de notícia do Brasil.

Um das fontes de receita do UOL é o serviço de publicidade oferecido em suas páginas.

Assim, as empresas pagam uma quantia para exibir anúncios nas páginas do UOL.

O Fisco paulista cobrou ICMS sobre os valores recebidos pelo UOL com a inserção de publicidade e veiculação de propaganda em seu site.

Para a Fazenda Pública, isso seria um serviço de comunicação, sendo, portanto, fato gerador de ICMS.

A empresa não concordou e impetrou mandado de segurança argumentando que não se trata de serviço de comunicação.

A questão chegou até o STJ. A cessão de espaço em site de provedor de acesso à internet para conteúdo publicitário configura serviço de comunicação e, portanto, deve ser considerada como fato gerador de ICMS? Incide ICMS sobre o valor dos anúncios recebido pelo UOL?

NÃO.

O art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96 prevê que o ICMS incide sobre:

Art. 2º (...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

O que é serviço de comunicação?

Segundo o art. 60 da Lei nº 9.472/97:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

(...)

Assim, serviço de comunicação (telecomunicação) é o conjunto de atividades que possibilita a transmissão, emissão ou recepção, por infraestrutura física de informações de qualquer natureza.

Nesse panorama, o serviço de comunicação só está configurado quando o prestador fornece ao usuário os meios necessários à transmissão e recepção de informações e mensagens objeto da comunicação. Justamente por isso, é importante distinguir “mensagem” de “transmissão da mensagem”. Apenas a transmissão da mensagem é que é objeto de tributação pelo ICMS-comunicação.

O que é, então, o serviço de disponibilização de espaço para publicidade no portal?

Trata-se de mero serviço de valor adicionado.

O serviço de disponibilização de espaço para publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet configura, portanto, serviço de valor adicionado, pois se utiliza dos meios (infraestrutura) já disponibilizados para o público em geral por terceiros para acrescentar ao serviço de comunicação novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento e apresentação das informações ali contidas.

O que é o serviço de valor adicionado também é considerado serviço de comunicação?

NÃO. A definição oficial de serviço adicionado encontra-se na Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). Repare no § 1º:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

(...)

Em razão do que prevê o § 1º do art. 61, acima transcrito, o STJ tem adotado a orientação jurisprudencial segundo a qual o serviço de valor adicionado não pode ser objeto de tributação pelo ICMS-comunicação por não se confundir com os serviços de telecomunicação propriamente ditos.

Vale ressaltar, ainda, que o STF, no julgamento da ADI 6034/RJ, firmou o entendimento segundo o qual:

A inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita) é passível de tributação por ISS.

Tese fixada pelo STF: “É constitucional o subitem 17.25 da lista anexa à LC nº 116/03, incluído pela LC nº 157/16, no que propicia a incidência do ISS, afastando a do ICMS, sobre a prestação de serviço de inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita)”.

STF. Plenário. ADI 6034/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/3/2022 (Info 1046).

Nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, essas atividades (inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio), embora imprescindíveis à operacionalização do serviço de comunicação social, encontram-se fora do âmbito de materialidade do ICMS-comunicação. Dito isso, não é possível a tributação da disponibilização em sítios eletrônicos da própria provedora de acesso a internet de mensagem de conteúdo publicitário. Isso porque não constitui prestação de serviços de comunicação propriamente dita, mas mero serviço de valor adicionado, o qual, não se confunde com o serviço de telecomunicação e, também, não é objeto de tributação pelo ICMS.

Em suma:

O ICMS não incide sobre o serviço de inserção de publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.598.445-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 23/08/2022 (Info 746).

DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Súmula 334-STJ: O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI)

Nos pedidos de revisão do benefício formulados com base em sentença trabalhista, o termo inicial do prazo decadencial é a data do trânsito em julgado da sentença trabalhista

Importante!!!

ODS 16

O marco inicial da fluência do prazo decadencial, previsto no caput do art. 103 da Lei nº 8.213/91, quando houver pedido de revisão da renda mensal inicial (RMI) para incluir verbas remuneratórias recebidas em ação trabalhista nos salários de contribuição que integraram o período básico de cálculo (PBC) do benefício, deve ser o trânsito em julgado da sentença na respectiva reclamatória.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.947.419-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 24/08/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1117) (Info 746).

Salário de benefício

Salário de benefício (SB) é um valor utilizado como base para se calcular a renda mensal dos benefícios.

Em outras palavras, o SB é a base de cálculo utilizada para se estimar o valor do benefício que será pago.

Sobre o valor do SB incidirá uma alíquota prevista em lei e, assim, calcula-se o valor da renda mensal do benefício (RMB).

Ex: o RMB da pensão por morte é igual a 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento.

Em fórmula matemática: RMB da aposentadoria por invalidez = salário-de-benefício.

Renda mensal do benefício (RMB) / Renda mensal inicial (RMI)

Renda mensal do benefício (também chamada de renda mensal inicial) é o valor que efetivamente será pago ao segurado.

Como vimos acima, primeiro temos que descobrir o valor do salário de benefício. Depois, sobre esse valor aplicamos uma alíquota prevista em lei. O resultado dessa operação equivale à renda mensal do benefício.

Ilustrando com uma fórmula matemática: $RMB/RMI = \text{salário-de-benefício} \times \text{alíquota}$

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2010, João recebeu aposentadoria por tempo de contribuição como ex-ferroviário.

Essa aposentadoria foi calculada, obviamente, com base em suas contribuições previdenciárias que tinham relação com o valor da remuneração que recebia como ferroviário.

Em 2011, ou seja, depois de já estar aposentado, João ingressou com ação trabalhista contra seu ex-empregador pedindo o reconhecimento de adicional de insalubridade que tinha direito, mas que não foi pago durante o período em que estava trabalhando.

A sentença trabalhista foi favorável. Ficou reconhecido que João recebeu R\$ 3 mil durante anos, mas o correto, com o adicional, seria ele ter recebido R\$ 4 mil.

Em 2019, a sentença trabalhista transitou em julgado.

Em 2021, com base nessa nova situação, João ajuizou ação revisional contra o INSS pedindo para incluir essas verbas remuneratórias recebidas na ação trabalhista nos salários de contribuição do período de cálculo (PBC) do benefício. Com essa inclusão, a renda mensal inicial (RMI) iria aumentar e, na prática, João não mais receberia uma aposentadoria maior.

Arguição de decadência

O INSS afirmou que teria havido decadência, nos termos do 103 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à Lei nº 13.846/2019 (que foi declarada inconstitucional):

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

Como a aposentadoria foi concedida em 2010, o INSS argumentou que João teria até 2020 para pedir a revisão. João contra argumentou alegando que o termo inicial do prazo decadencial seria a data do trânsito em julgado da sentença trabalhista.

Quem tem razão: o INSS ou João? Qual é o termo inicial da fluência do prazo decadencial (art. 103 da Lei nº 8.213/91), quando houver pedido de revisão da RMI para incluir verbas remuneratórias recebidas em ação trabalhista nos salários de contribuição que integraram o PBC do benefício?

Assiste razão à João.

Nos pedidos de revisão do benefício formulados com base em sentença trabalhista, o termo inicial do prazo decadencial é a data do trânsito em julgado da sentença trabalhista.

Essa interpretação parte do raciocínio de que não está inerte aquele que busca a via judicial, seja para reconhecimento do vínculo de trabalho - com repercussão sobre o cômputo do tempo de contribuição -

seja para inclusão de verbas remuneratórias - com reflexo nos salários de contribuição e, por conseguinte, na renda mensal.

O reconhecimento judicial na seara trabalhista deve ser considerado o nascedouro do direito potestativo da revisão considerando que foi aí que houve a incorporação de verbas ou de tempo de contribuição ao patrimônio jurídico do trabalhador.

Justificativas para o prévio ajuizamento da ação trabalhista

O ajuizamento da ação reclamatória justifica-se pelas seguintes razões:

Primeiro, porque, de acordo com o art. 29 da Lei nº 8.213/91, o salário de benefício consiste na média aritmética dos maiores salários de contribuição no período contributivo, cálculo que inclui os ganhos habituais do segurado empregado (§3º) e os aumentos homologados pela Justiça do Trabalho (§4º).

Segundo, porque a lei previdenciária garante o recálculo da renda do segurado empregado que, ao tempo da concessão do benefício, não podia provar os salários de contribuição, como dispõe o art. 35 da Lei nº 8.213/91.

Terceiro, porque a atuação judicial do trabalhador em busca de seus direitos, desde que reconhecidos, traz reflexo positivo também sobre a esfera de competência da autarquia, que poderá cobrar as contribuições referentes ao vínculo trabalhista reconhecido judicialmente, nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91 (Lei de Custeio da Seguridade Social).

Como a ação trabalhista é medida necessária; o termo inicial do prazo decadencial para a revisão deve ser a data do trânsito em julgado da sentença trabalhista

Assim, o ajuizamento da demanda pelo segurado é medida necessária para comprovar a filiação ao Regime Geral da Previdência Social e o tempo de contribuição, mediante o reconhecimento do vínculo de trabalho, e a declaração judicial do direito ao recebimento integral de verbas salariais contratualmente ajustadas, de modo a viabilizar a revisão de benefício em manutenção perante a autarquia previdenciária.

Desse modo, em casos como o da presente controvérsia, na qual houve a integralização do direito material a partir da coisa julgada trabalhista, a exegese mais consentânea com o princípio da segurança jurídica e o respeito às decisões judiciais é manter a jurisprudência segundo a qual o marco inicial do prazo decadencial deve ser o trânsito em julgado da sentença da Justiça do Trabalho.

Em suma:

O marco inicial da fluência do prazo decadencial, previsto no caput do art. 103 da Lei n. 8.213/1991, quando houver pedido de revisão da renda mensal inicial (RMI) para incluir verbas remuneratórias recebidas em ação trabalhista nos salários de contribuição que integraram o período básico de cálculo (PBC) do benefício, deve ser o trânsito em julgado da sentença na respectiva reclamatória.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.947.419-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 24/08/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1117) (Info 746).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É adequado o manejo de mandado de segurança com vistas à defesa do direito de candidato em concurso público a continuar concorrendo às vagas reservadas às pessoas pretas ou pardas, quando a comissão examinadora de heteroidentificação não confirma a sua autodeclaração. ()
- 2) Configura dano moral, sujeito à indenização, a veiculação, em rede nacional de TV, de imagem de pessoa nua em praia de naturismo, sem autorização e com atribuição de conotação pejorativa. ()
- 3) Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor. ()

- 4) É inválida a cobrança taxa de manutenção de loteamento fechado - por administradora constituída sob a forma de associação, de proprietários de lote não associados ou que a ela não anuíram expressamente - às relações jurídicas constituídas antes da entrada em vigor da Lei n. 13.465/2017 ou de anterior lei municipal. ()
- 5) Havendo conflito de interesses entre os herdeiros, as despesas de verba honorária do advogado constituído pelo inventariante não devem ser suportadas pelo espólio. ()
- 6) Constitui dever da instituição de ensino a informação clara e transparente acerca do curso ofertado, orientando e advertindo seus alunos acerca da separação entre bacharelado e licenciatura. ()
- 7) É abusiva a rescisão do contrato de plano de saúde pela operadora com fundamento na inadimplência, se quando da notificação exigida pela Lei nº 9.656/98 o consumidor não mais se encontra inadimplente, tendo adimplido todas as parcelas devidas com correção monetária e juros de mora. ()
- 8) A empresa que efetua irregularmente a lavra de minério, enriquecendo-se ilicitamente, não pode pretender o ressarcimento dos custos operacionais dessa atividade contra ordem, sob o argumento de que a não remuneração ensejaria o locupletamento sem causa da União. ()
- 9) Não é admissível a redução do valor da multa do art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aquém do mínimo legal. ()
- 10) As entidades beneficentes prestadoras de serviços à pessoa idosa, em razão do seu caráter filantrópico ou sem fim lucrativo e da natureza do público atendido, têm direito ao benefício da assistência judiciária gratuita, independentemente da comprovação da insuficiência econômica. ()
- 11) Incide a Súmula nº 326/STJ, no caso de discrepância entre o valor indicado no pedido e o quantum arbitrado na condenação, não havendo falar em sucumbência dos autores da demanda, vencedores em seu pedido indenizatório. ()
- 12) Exige-se o esgotamento da instância ordinária como pressuposto de conhecimento da reclamação fundamentada em descumprimento de acórdão prolatado em Incidente de Assunção de Competência (IAC). ()
- 13) A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiterações criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância. ()
- 14) Não é típico o ato do servidor que se apropria de valores que já lhe pertenceriam, em razão do cargo por ele ocupado. ()
- 15) Memo que, no momento do oferecimento da denúncia, o acusado não mais exerça o cargo de Prefeito, é indispensável a defesa prévia prevista no art. 2º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967. ()
- 16) O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal, tem aplicação às pessoas jurídicas, de modo que, extinta legalmente a pessoa jurídica - sem nenhum indício de fraude -, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do Código Penal, com a consequente extinção de sua punibilidade. ()
- 17) A constrição judicial que incide em imóvel bloqueado gerido por Fundo de Investimentos em Participações (FIP) deve estar adstrita à cota-parte do acusado/cotista. ()
- 18) A necessidade de interrupção do ciclo delitivo de associações e organizações criminosas é fundamento idôneo para justificar a custódia cautelar e a garantia da ordem pública. ()
- 19) As guardas municipais não possuem competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais. ()
- 20) É nula a condenação fundamentada em reconhecimento fotográfico que, além de ter sido realizado com grande lapso temporal dos fatos, encontra-se em contradição com os depoimentos prestados pela vítima, não sendo possível a sua convalidação em juízo. ()
- 21) Não é cabível revisão criminal quando utilizada como se fosse uma nova apelação, com vista a reexame de fatos e provas, não se verificando contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do Código de Processo Penal. ()

- 22) A tabela de preços máximos ao consumidor (PMC) publicada pela ABCFarma, adotada pelo Fisco para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática da substituição tributária, somente se aplica aos medicamentos destinados para uso de hospitais e clínicas. ()
- 23) O ICMS incide sobre o serviço de inserção de publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet. ()
- 24) O marco inicial da fluência do prazo decadencial, previsto no caput do art. 103 da Lei nº 8.213/91, quando houver pedido de revisão da renda mensal inicial (RMI) para incluir verbas remuneratórias recebidas em ação trabalhista nos salários de contribuição que integraram o período básico de cálculo (PBC) do benefício, deve ser o trânsito em julgado da sentença na respectiva reclamatória. ()

Gabarito

1. E	2. C	3. C	4. C	5. C	6. C	7. C	8. C	9. E	10. C
11. C	12. E	13. C	14. C	15. E	16. C	17. C	18. C	19. C	20. C
21. C	22. E	23. E	24. C						