

Informativo comentado: Informativo 803-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

- *A alteração da forma de cálculo do auxílio-invalidez devido aos servidores militares não viola os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos, desde que o valor global da remuneração não sofra redução.*

DIREITO CIVIL

NEGÓCIO JURÍDICO

- *Para que ocorra a verificação ficta da condição prevista no art. 120 do CC/1916 exige-se apenas que a parte tenha praticado intencionalmente fatos que fizeram com que a condição não fosse implementada.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PRÁTICAS COMERCIAIS

- *Se o consumidor é injustificadamente cobrado em excesso, terá direito à devolução em dobro mesmo que não prove a má-fé do fornecedor.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

IRDR

- *Cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato do IRDR se o recorrente estiver discutindo a admissão e o julgamento do IRDR.*
- *Para julgamento do IRDR exige-se, em regra, o julgamento conjunto de uma causa-piloto.*

PROCESSO COLETIVO

- *Nas ações coletivas em que a associação representa seus associados por legitimação ordinária o entendimento que deve ser aplicado é o firmado no Tema 499 do STF.*

DIREITO PENAL

PENA DE MULTA

- *O inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?*

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

- *A constituição de família não exclui, per se, a punibilidade do crime de estupro de vulnerável.*

LEI MARIA DA PENHA

- *Para aplicar-se a Lei Maria da Penha, não se exige demonstração de hipossuficiência ou de vulnerabilidade da mulher agredida.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- *A mera inobservância do procedimento de cadeia de custódia previsto CPP não acarreta, automaticamente, a imprestabilidade das provas colhidas; a consequência processual dependerá da análise do caso concreto.*

EXECUÇÃO PENAL

- *O inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ

- *O montante, antes utilizado para as deduções de IRPJ e CSLL e, posteriormente, objeto de repetição de indébito, compõe as bases de cálculo desses tributos, por constituir acréscimo patrimonial.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PREVIDÊNCIA PRIVADA

- *O espólio faz jus ao recebimento dos valores revertidos pela entidade fechada de previdência complementar, após a morte da beneficiária, por força dos superávits apurados nos exercícios anteriores a sua morte.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

A alteração da forma de cálculo do auxílio-invalidez devido aos servidores militares não viola os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos, desde que o valor global da remuneração não sofra redução

ODS16

A Portaria n. 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimento.

STF. Plenário. RE 642890/DF, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 7/10/2022 (Repercussão Geral – Tema 465) (Info 1071).

STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.125.429-RS, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, soldado do Exército, após ser considerado inválido para o trabalho, passou a receber auxílio-invalidez. Passado algum tempo, o Ministro da Defesa editou a Portaria 931/2005, alterando a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez. Isso fez com que João passasse a receber menos.

Inconformado, João ajuizou ação contra a União alegando que o cálculo do benefício, de acordo com os critérios previstos na Portaria 931/2005 do Ministério da Defesa, havia resultado numa perda significativa do valor recebido. O autor alegou que esse ato normativo violou, portanto, os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimento.

Qual é o entendimento da jurisprudência sobre o tema? A Portaria n. 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, violou os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimento?

NÃO. O STF fixou a seguinte tese a respeito do Tema:

A Portaria nº 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos.

STF. Plenário. RE 642890/DF, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 7/10/2022 (Repercussão Geral – Tema 465) (Info 1071).

O STJ tem decidido no mesmo sentido:

A Portaria n. 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimento.

STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.125.429-RS, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

Vamos entender um pouco mais sobre o assunto.

O que é esse auxílio-invalidez?

O auxílio-invalidez é direito pecuniário devido ao militar reformado como inválido por incapacidade para o serviço ativo.

É um benefício mensal pago em razão da necessidade de internação especializada, assistência ou cuidados permanentes de enfermagem.

Tem por objetivo proteger o inválido e familiares, mediante a cobertura de despesas e a atenuação de gastos associados à moléstia de que acometido o incapaz.

O Decreto-Lei nº 728/1969, que instituiu o Código de Vencimentos dos Militares e dispôs sobre indenizações, proventos e outros direitos, prevê em seu art. 141, *caput* e § 4º:

Art. 141. O militar em atividade, inclusive o de que trata o artigo 143 dêste Código, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do artigo 139, terá direito ao Auxílio-Invalidez no valor de 20% (vinte por cento) da “base de cálculo” de que trata o art. 138, ao passar para a inatividade, desde que considerado total e permanentemente inválido para qualquer trabalho e satisfaça ainda a uma das condições abaixo especificadas, devidamente declaradas por Junta Militar de Saúde:

(...)

§ 4º O Auxílio-Invalidez não poderá ser inferior ao valor do sôldo de cabo engajado.

MP 2.215-10/2001

Em 2001, a Medida Provisória 2.215-10 fixou o valor do auxílio-invalidez em “sete cotas e meia de soldo”, deixando de estabelecer, como limite mínimo, o soldo de cabo engajado, conforme previa, até então, o Decreto-Lei 728/1969 acima mencionado. A alteração resultou em controvérsia jurídica que levou ao ajuizamento de diversas ações pelos militares.

Diante desse cenário, o Ministério da Defesa, entendendo que teria havido violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, editou a Portaria nº 406/2004, na qual se determinou o pagamento do auxílio-invalidez em valor não inferior ao soldo de cabo engajado, consoante a regra que era observada até a edição da Medida Provisória nº 2.215-10/2001. Em outras palavras, é como se a Portaria nº 406/2004 tivesse ignorado a alteração da MP e restaurado a regra do DL 728/1969.

Ocorre que, ao fazer uma nova análise sobre o tema, o Ministério da Defesa concluiu que a Portaria nº 406/2004 era ilegal (contrária à MP 2.215-10/2001) e daria ensejo ao pagamento indevido do benefício.

Assim, o Ministério da Defesa editou novo ato (a Portaria nº 931/2005), que revogou a Portaria nº 406/2004 e restaurou a disciplina do auxílio-invalidez em sintonia com o disposto na MP 2.215-10/2001.

O STF entendeu que o Ministério da Defesa agiu corretamente ao editar a Portaria nº 931/2005. Isso porque não houve violação ao princípio da irredutibilidade da remuneração com a MP 2.215-10/2001.

Irredutibilidade da remuneração

A Constituição Federal assegura a irredutibilidade nominal da remuneração global, isto é, o montante constituído pela soma de todas as parcelas, gratificações e outras vantagens percebidas pelo servidor.

Da leitura do art. 29 da Medida Provisória nº 2.215-10/2001, verifica-se que se buscou preservar a irredutibilidade de vencimentos por meio da instituição de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável

(VPNI) nos casos em que constatada a redução de remuneração, proventos ou pensões em decorrência da aplicação da norma:

Art. 29. Constatada a redução de remuneração, de proventos ou de pensões, decorrente da aplicação desta Medida Provisória, o valor da diferença será pago a título de vantagem pessoal nominalmente identificada, sendo absorvido por ocasião de futuros reajustes.

Parágrafo único. A vantagem pessoal nominalmente identificada prevista no caput deste artigo constituirá parcela de proventos na inatividade, além das previstas no art. 10 desta Medida Provisória, até que seja absorvida por ocasião de futuros reajustes.

Direito adquirido

Além disso, a jurisprudência do STF é firme no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico e de direito à forma como são calculados os vencimentos, de modo que é possível suprimir ou alterar auxílios, adicionais, gratificações ou outras parcelas, sob a condição de que seja preservada a irredutibilidade nominal da remuneração global.

Autotutela da Administração

Ademais, trata-se de típico exemplo do poder-dever de autotutela da Administração Pública, que exerce controle sobre os próprios atos, seja por meio da anulação dos ilegais, seja mediante a revogação daqueles tidos como inconvenientes ou inoportunos. Por estar a Administração vinculada à lei, deve exercer o controle da legalidade dos atos que pratica.

Logo, ao constatar a ilegalidade de qualquer ato por si praticado, a Administração Pública poderá e deverá revê-lo, tal como de fato ocorreu, na espécie, com a restauração da forma de pagamento do benefício.

DIREITO CIVIL

NEGÓCIO JURÍDICO

Para que ocorra a verificação ficta da condição prevista no art. 120 do CC/1916 exige-se apenas que a parte tenha praticado intencionalmente fatos que fizeram com que a condição não fosse implementada

ODS 16

Ainda que se entenda que a verificação ficta da condição exige prova do dolo, por se tratar de fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916, não está tal elemento associado a um específico resultado, mas somente à prática intencional dos fatos que deram ensejo à não implementação da condição.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.117.094-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

Imagine a seguinte situação hipotética ocorrida na época em que ainda vigorava o CC/1916:

João era administrador e proprietário da empresa Beta Fitoterápicos Medicinal.

A Alfa Cosméticos é uma grande empresa, líder do segmento de cosméticos de perfil natural e sustentável. A Alfa celebrou contrato com João para aquisição de 75% do capital social da Beta. Foi celebrado então um contrato de cessão de quotas por meio do qual João transferiria 75% do capital social da Beta para a Alfa. João permaneceria ainda com 25% da empresa.

As partes elaboraram um plano de negócios, chamado no meio empresarial de *business plan*.

O contrato previu que a Alfa pagaria R\$ 9.000.000,00 para João, sendo R\$ 7.500.000,00 no momento da assinatura do contrato e o valor adicional (R\$ 1.500.000,00) somente seria pago mediante uma condição:

João, que continuaria administrando a Beta, teria que cumprir o *business plan* elaborado no prazo de 3 anos. Isso é conhecido como cláusula *earn-out* (pagamento adicional condicionado a resultados futuros). Antes de completado o prazo de 3 anos, João foi afastado da sociedade sob a alegação de má gestão. Passado o prazo de 3 anos, constatou-se que o plano de negócios não foi cumprido. Logo, João não recebeu o valor adicional de R\$ 1.500.000,00.

Ação de cobrança

Inconformado, João ajuizou ação de cobrança contra a Alfa. Alegou que a ré (adquirente), após a conclusão do negócio, não empreendeu nenhum esforço para dar cumprimento ao *business plan*. Ao contrário, o autor argumentou que a demandada transferiu bons funcionários da Beta para a Alfa, além de ter desviado parte do acervo científico.

Requeru a condenação da ré ao pagamento da parcela adicional a que teria direito se concluído o plano de negócios, além da multa contratual, com fundamento no art. 120 do Código Civil de 1916 (atual art. 129 do Código Civil de 2002):

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Art. 120. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer.	Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

Em contestação, a ré alegou que as metas previstas no plano de negócios não foram cumpridas por dois motivos:

- 1) em razão da conjuntura econômica vivida pelo setor de medicamentos fitoterápicos; e
- 2) pela má gestão do autor na gerência da sociedade.

A Alfa argumentou que, diante disso, não se pode falar que ela maliciosamente obstou o implemento da condição.

A ré alegou que para que houvesse a implementação ficta da condição ("Reputa-se verificada), nos moldes do art. 120 do Código Civil de 1916, seria indispensável a demonstração de dolo específico de sua parte, ou seja, a intenção de agir para impedir que o autor recebesse o valor adicional. A ré argumentou, no entanto, que nunca teve essa intenção, nunca agiu para impedir que ele recebesse o adicional. Seu objetivo foi o de aumentar a sua lucratividade e, por isso, houve certa transferência de tecnologia da Beta para a Alfa.

A controvérsia chegou até o STJ. Para o STJ, quem tem razão: o autor ou a Alfa?

O autor.

Condição

No direito civil, condição é a cláusula que...

- foi prevista por exclusiva vontade das partes e
- subordina o efeito do negócio jurídico a um evento futuro e incerto.

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.	Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

O que é implementação ficta da condição?

A implementação ficta da condição ocorre quando, por disposição legal, presume-se cumprida uma condição contratual não porque ela de fato aconteceu, mas devido à conduta de uma das partes que, maliciosamente, impede a sua realização. Essa presunção visa proteger a boa-fé contratual e os interesses da parte que seria prejudicada pela conduta maliciosa da outra.

Primeira pergunta: quando o art. 120 do CC/1916 (art. 129 do CC/2002) fala em “maliciosamente obstado pela parte”, ele está exigindo dolo?

Esse é um tema divergente na doutrina:

- Sim. Exige-se dolo. É a posição de Fabiano Menke (Comentários ao código civil [livro eletrônico]: direito privado contemporâneo. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023).
- Não. No que tange ao termo maliciosamente empregado pelo legislador, não se exige a configuração de dolo pela parte que obsta o advento da condição ou a implementa. A análise restringe-se a saber se a parte agiu de acordo com a boa-fé objetiva, que impõe o dever de colaboração recíproca entre os titulares de relação jurídica obrigacional. Dessa forma, independentemente de atuação intencional ou dolosa que caracterizaria a malícia do agente, o dispositivo alcança o comportamento voluntário que, em desprezo a tal dever de colaboração, impede a ocorrência da condição ou promove o seu surgimento em desfavor da parte contrária. É a lição de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (Notas sobre a condição no negócio jurídico. In: Revista de direito civil contemporâneo, v. 5, n. 16, págs. 61-83, jul./set. 2018).

O STJ disse que, seja com base em uma ou outra corrente, o autor tem razão

Ainda que se entenda que a verificação ficta da condição exige prova do dolo, por se tratar de fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916, não está tal elemento associado a um resultado específico, mas somente à prática intencional dos fatos que deram ensejo à não implementação da condição, ou à implementação, na hipótese inversa.

O STJ já afirmou que esse julgado “(...) cuida-se de ficção legal, que condena o dolo daquele que impede ou força o implemento da condição em proveito próprio” (STJ. 4ª Turma. REsp 1.337.749/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 6/4/2017). Nesse julgado, o STJ entendeu que, na situação hipoteticamente contemplada na referida norma, estaria compreendida “(...) a rescisão unilateral imotivada perpetrada pelo cliente, que configura, por óbvio, obstáculo ao implemento da condição estipulada no contrato de prestação de serviços advocatícios”, ainda que o objetivo do mandante não fosse o de impedir o recebimento da verba honorária pelo mandatário, mas, sim, de promover a rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios.

Nesse sentido, o mesmo raciocínio deve ser empreendido no caso em análise. Ainda que o resultado pretendido pela Alfa não fosse impedir o recebimento do valor adicional de R\$ 1.500.000,00 pelo autor, foi o seu agir intencional (doloso), conforme apurado pelas instâncias ordinárias, que impediu o cumprimento do *business plan* no prazo de 3 (três) anos, a ensejar a aplicação do preceito legal em comento para considerar adimplida a condição suspensiva.

Sob tal perspectiva, o direito ao recebimento do valor adicional contratualmente previsto dependia apenas da comprovação de que as condutas atribuídas à ré impediram, de fato, o alcance da condição contratualmente estabelecida (atingimento das metas definidas no *business plan*), não importando quais eram os seus objetivos, se para evitar o pagamento do bônus ou para outra finalidade qualquer.

Vale também acrescentar que o direito ao recebimento do valor adicional não exige a comprovação de que a condição seria implementada no prazo de 3 (três) anos, mas, sim, de que as diversas condutas a ela atribuídas impediram a consecução dos objetivos traçados no plano de negócios.

Ademais, no caso, o direito ao recebimento do valor adicional não foi reconhecido somente com base na modificação unilateral do *business plan*, mas em diversos outros aspectos relacionados com a transferência de recursos humanos e operacionais de uma empresa para a outra e com a exclusão do autor da função gerencial e do próprio quadro societário, mesmo sem a comprovação dos fatos ilícitos a

ele imputados, tudo isso somado à falta de comprovação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Em suma:

Ainda que se entenda que a verificação ficta da condição exige prova do dolo, por se tratar de fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916, não está tal elemento associado a um específico resultado, mas somente à prática intencional dos fatos que deram ensejo à não implementação da condição. STJ. 3ª Turma. REsp 2.117.094-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PRÁTICAS COMERCIAIS

Se o consumidor é injustificadamente cobrado em excesso, terá direito à devolução em dobro mesmo que não prove a má-fé do fornecedor

Importante!!!

ODS 12 E 16

A repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1.501.756-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21/2/2024 (Info 803).

REGRAMENTO DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO NO CÓDIGO CIVIL

Imagine a seguinte situação hipotética:

Ricardo ajuizou ação de cobrança contra Pedro por um suposto débito de R\$ 10 mil.

Pedro contestou a demanda provando que já havia pagado a dívida. Além disso, na própria contestação, o réu pediu que o autor fosse condenado a pagar R\$ 20 mil a ele em razão de estar cobrando uma dívida já quitada.

Sob o ponto de vista do direito material, esse pedido de Pedro encontra amparo na legislação?

SIM. Há previsão expressa no Código Civil:

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Obs1: essa penalidade do art. 940 deve ser aplicada independentemente de a pessoa demandada ter provado qualquer tipo de prejuízo. Assim, ainda que Pedro não comprove ter sofrido dano, essa indenização será devida. O art. 940 do CC institui uma autêntica pena privada, aplicável independentemente da existência de prova do dano (STJ. 3ª Turma. REsp 1.286.704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 28/10/2013).

Obs2: a penalidade do art. 940 exige que o credor tenha exigido judicialmente a dívida já paga (“demandar” = “exigir em juízo”).

Para que Pedro cobre esse valor em dobro, é necessária ação autônoma ou reconvenção, ou ele pode fazer isso por meio de mera contestação?

O pedido pode ser feito por meio de contestação:

A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (art. 1.531 do CC 1916 / art. 940 do CC 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.111.270-PR, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 25/11/2015 (Recurso Repetitivo – Tema 662) (Info 576).

Sempre que houver cobrança de dívida já paga, haverá a condenação do autor à penalidade do art. 940 do CC?

Não, nem sempre.

Segundo o STJ, são exigidos dois requisitos para a aplicação do art. 940:

- a) a cobrança se dá por meio judicial; e
- b) a má-fé do demandante fica comprovada.

Essa exigência da má-fé é antiga e vem desde o CC-1916, onde esta penalidade encontrava-se prevista no art. 1.531. Veja o que o STF já havia decidido naquela época:

Súmula 159-STF: Cobrança excessiva, mas de boa fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil (atual art. 940).

(PGM Manaus 2018 CEBRASPE) De acordo com a jurisprudência do STJ e as disposições do Código Civil, uma vez ajuizada ação de cobrança de dívida já paga, o direito do requerido à restituição em dobro prescindirá da demonstração de má-fé do autor da cobrança. (ERRADO)

Se Ricardo tivesse desistido da ação de cobrança antes de Pedro apresentar contestação, isso o eximiria do pagamento da penalidade do art. 940 do CC?

SIM. O CC prevê que a indenização é excluída se o autor desistir da ação antes de contestada a lide:

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

REGRAMENTO DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Imagine a seguinte situação hipotética:

João firmou contrato de empréstimo consignado com o Banco.

As parcelas eram descontadas diretamente da conta bancária que João mantinha com a instituição financeira.

O consumidor quitou todas as parcelas do empréstimo. Mesmo assim, a instituição financeira ainda descontou três prestações a mais. Em outras palavras, João acabou pagando indevidamente três parcelas de R\$ 5 mil, cada, indevidamente (R\$ 15 mil, no total).

João conferiu novamente todos os extratos e constatou a cobrança indevida.

Diante disso, ele ajuizou ação de repetição de indébito contra o banco.

Requeriu que a instituição financeira fosse condenada a pagar o dobro do que ele foi obrigado a pagar em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais. Como João pagou R\$ 15 mil em excesso, ele pediu para receber de volta R\$ 30 mil.

O pedido do autor foi baseado no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 42 (...)

Parágrafo único O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

O Banco apresentou contestação na qual argumentou que houve uma falha no sistema informatizado e que, por isso, os três últimos pagamentos não foram contabilizados. Diante disso, pediu para fazer a devolução simples da quantia (R\$ 15 mil), e não em dobro (R\$ 30 mil) já que não ficou provada a sua má-fé.

Em outras palavras, a instituição financeira argumentou que, para incidir a regra do art. 42, parágrafo único, do CDC, seria indispensável que ficasse demonstrado que o Banco tinha a intenção (vontade) de cobrar um valor indevido do consumidor, o que não ficou provado no caso.

Para incidir a regra do art. 42, parágrafo único, do CDC exige-se má-fé do fornecedor (“cobrador”)?

Até o fim de 2020, o STJ estava dividido:

1) Em regra: SIM.

O STJ que era necessária a comprovação de má-fé.

Jurisprudência em Teses do STJ (ed. 39).

Tese 7: A devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. (Obs: essa tese está atualmente superada).

2) Em casos envolvendo serviços públicos: NÃO.

O STJ entendia que não era necessária a comprovação de má-fé.

Jurisprudência em Teses do STJ (ed. 39).

Tese 3: É obrigatória a restituição em dobro da cobrança indevida de tarifa de água, esgoto, energia ou telefonia, salvo na hipótese de erro justificável (art. 42, parágrafo único, do CDC), que não decorra da existência de dolo, culpa ou má-fé.

Essa posição foi alterada no fim de 2020.

A Corte Especial do STJ definiu a questão no EAREsp 600.663/RS, fixando a seguinte tese:

A repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.

STJ. Corte Especial. EAREsp 600.663/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 21/10/2020, DJe de 30/3/2021.

Assim, atualmente prevalece o entendimento de que, para incidir a regra do art. 42, parágrafo único, do CDC não se exige má-fé do fornecedor, não se exige a demonstração de que o fornecedor tinha a intenção (elemento volitivo) de cobrar um valor indevido do consumidor. Basta que o fornecedor tenha agido de forma contrária à boa-fé objetiva.

Se observar bem o art. 42, parágrafo único, do CDC, verá que a norma analisada não exige culpa, dolo ou má-fé do fornecedor, quando este cobra e recebe valor indevido do consumidor. Ao fornecedor, a imputação que se lhe faz a lei é objetiva, independentemente de culpa ou dolo.

Desse modo, a justificabilidade (ou legitimidade) do engano, para afastar a devolução em dobro, insere-se no domínio da causalidade, e não no domínio da culpabilidade, pois esta se resolve, sem apelo ao elemento volitivo, pelo prisma da boa-fé objetiva.

Como ocorre a comprovação disso? De quem é ônus probatório?

Se o consumidor alega que o fornecedor fez uma cobrança indevida, ele (fornecedor) deverá, na fase instrutória do processo, produzir prova apta a demonstrar que não atuou em contrariedade à boa-fé

objetiva, isto é, que não agiu de forma desleal ou descuidada, pois o engano cometido era, sim, justificável, afastando-se, assim, a incidência da sanção civil de devolução em dobro.

Modulação dos efeitos

Vimos acima que o julgamento do EAREsp 600.663/RS representou uma alteração na jurisprudência até então dominante no STJ.

Por isso, o STJ decidiu modular os efeitos da decisão.

Assim, o STJ decidiu que a tese fixada no EAREsp 600.663/RS - quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público - se aplicaria somente para as cobranças realizadas após a data da publicação do acórdão (30/3/2021).

O que isso significa na prática?

Consumidor foi cobrado em excesso, mas não ficou provada a má-fé do fornecedor:

1) Contrato de consumo não envolve serviço público:

- se a cobrança foi antes de 30/03/2021: o consumidor terá direito apenas a devolução simples (isso porque se exigia a má-fé);

- se a cobrança foi depois de 30/03/2021: o consumidor terá direito à devolução em dobro (isso porque depois dessa data não se exige mais a má-fé do fornecedor).

2) Contrato de consumo envolve serviço público: o consumidor terá direito à devolução em dobro mesmo que a cobrança tenha ocorrido antes de 30/03/2021.

No Informativo 803, foi divulgado acórdão no qual o STJ reiterou o entendimento fixado no EAREsp 600.663/RS:

A repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1.501.756-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21/2/2024 (Info 803).

DOD PLUS – PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS REGIMES

O art. 940 do CC e o art. 42 do CDC incidem em hipóteses diferentes, tutelando, cada um deles, uma situação específica envolvendo a cobrança de dívidas pelos credores. Veja as principais diferenças:

ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL	ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC
Requisitos: a) A pessoa (consumidora ou não) foi cobrada, por meio de processo judicial, por dívida já paga; b) O autora da cobrança agiu de má-fé (súmula 159 STF).	Requisitos: a) Consumidor foi cobrado por quantia indevida; b) Consumidor pagou essa quantia indevida; c) Não houve um engano justificável por parte do autor da cobrança.
A cobrança foi feita na via judicial.	A cobrança foi feita na via extrajudicial.
Exige má-fé do autor da cobrança. Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 940.	A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.
Não se exige que a pessoa cobrada tenha pago efetivamente a quantia. Para incidir o dispositivo basta que a pessoa seja acionada na justiça por dívida já paga.	Não basta a simples cobrança indevida. Exige-se que o consumidor tenha pago efetivamente o valor indevido.

A sanção do art. 940 do Código Civil pode ser aplicada também para casos envolvendo consumidor

Em caso de cobrança judicial indevida, é possível aplicar a sanção prevista no art. 940 do Código Civil mesmo sendo uma relação de consumo.

O art. 940 do CC e o art. 42 do CDC incidem em hipóteses diferentes, tutelando, cada um deles, uma situação específica envolvendo a cobrança de dívidas pelos credores.

Mesmo diante de uma relação de consumo, se inexistentes os pressupostos de aplicação do art. 42, parágrafo único, do CDC, deve ser aplicado o sistema geral do Código Civil, no que couber.

O art. 940 do CC é norma complementar ao art. 42, parágrafo único, do CDC e, no caso, sua aplicação está alinhada ao cumprimento do mandamento constitucional de proteção do consumidor.

STJ. 3ª Turma. REsp 1645589-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 04/02/2020 (Info 664).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

IRDR

Cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato do IRDR se o recorrente estiver discutindo a admissão e o julgamento do IRDR

Importante!!!

Compare com o Info 737-STJ

ODS 16

Suponhamos que o Tribunal de origem fixou tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR, mas não apreciou nenhum caso concreto. Cabe recurso especial contra esse acórdão?

Em regra, não. Isso porque não houve causa decidida.

Exceção: se o recurso estiver discutindo as normas processuais de admissão e julgamento do IRDR.

Cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR para tratar de debate acerca da aplicação, em concreto, das regras processuais previstas para a admissão e o julgamento do IRDR.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.023.892-AP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

EXPLICANDO EM QUE CONSISTE O IRDR

Antes de comentar o julgado, irei fazer uma breve revisão sobre o IRDR. Se você estiver sem tempo, pode ir diretamente para a explicação do julgado.

Ideia geral do IRDR

É muito comum, na prática, que um determinado tema jurídico esteja sendo discutido simultaneamente em centenas ou milhares de processos.

No passado, esses processos eram julgados individualmente, o que gerava enormes custos e o risco de decisões diferentes para uma mesma controvérsia jurídica.

Pensando nisso, o CPC/2015 criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Assim, quando o juiz, o relator no Tribunal, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou qualquer das partes perceber que uma determinada controvérsia jurídica que está sendo discutida em um processo também se repete em inúmeros outros, será possível pedir a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso significa que todos os processos que tratam sobre aquele assunto ficarão suspensos até que o Tribunal defina a tese jurídica e, em seguida, ela será aplicada para todos esses feitos que se encontravam sobrestados.

Isso gera eficiência e minimiza o risco de decisões diferentes para situações semelhantes.

Essa sistemática já não era prevista para os casos de recursos especial e extraordinário repetitivos (que vimos acima)?

Os arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 previam uma espécie de “julgamento por amostragem” dos recursos extraordinários e recursos especiais que tivessem sido interpostos com fundamento em idêntica controvérsia ou questão de direito.

O CPC/2015, em linhas gerais, manteve uma regulamentação bem parecida, sendo o tema agora tratado nos arts. 1.036 a 1.041 (vimos isso acima).

Desse modo, o IRDR é parecido sim com a sistemática do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. No entanto, no caso dos recursos repetitivos, exige-se que a questão já tenha chegado ao STJ ou STF por meio de recurso especial ou recurso extraordinário. O IRDR, por sua vez, pode ser instaurado antes de o tema chegar aos Tribunais Superiores.

Conforme se extrai da exposição de motivos do CPC/2015, o novo instituto (IRDR) – que é inspirado no direito alemão – foi pensado para dotar os tribunais estaduais e tribunais regionais federais de um mecanismo semelhante àquele já existente nas cortes superiores relativamente aos recursos repetitivos.

Requisitos para a instauração de IRDR (art. 976)

É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

- 1) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e
- 2) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Há ainda um pressuposto negativo previsto no § 4º do art. 976, que é a inexistência de afetação de recurso repetitivo pelos tribunais superiores no âmbito de sua respectiva competência para a definição de tese sobre a questão de direito objeto do IRDR:

Art. 976 (...)

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Legitimidade para requerer a instauração (art. 977)

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

- I - pelo juiz ou relator, por meio de ofício;
- II - pelas partes, por petição;
- III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Competência

Em regra, o IRDR será julgado pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal.

É possível, no entanto, que seja instaurado um IRDR diretamente no STJ nos casos de:

- competência recursal ordinária (art. 105, II, da CF/88); e de
- competência originária (art. 105, I, da CF/88).

Foi o que decidiu a Corte Especial do STJ:

O novo Código de Processo Civil instituiu microssistema para o julgamento de demandas repetitivas - nele incluído o IRDR, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal -, a

fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.

STJ. Corte Especial. AgInt na Pet 11.838/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 07/08/2019.

Logo, não cabe IRDR no STJ caso este Tribunal esteja apreciando um recurso especial (art. 105, III, da CF/88). Isso porque, neste caso, já existe um outro mecanismo que cumpre essa função, qual seja, o recurso especial repetitivo (art. 976, § 4º do CPC).

Falando agora da competência interna, o IRDR será julgado pelo órgão do Tribunal que for responsável pela uniformização de jurisprudência, segundo as regras do regimento interno.

Ex: no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a competência para julgar o IRDR é da Câmara de Uniformização (art. 18, I, do RITJDFT).

Esse órgão colegiado incumbido de julgar o IRDR e fixar a tese jurídica será também competente para julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Incidente deverá ser bem divulgado para permitir participação de interessados (art. 979)

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao CNJ para inclusão no cadastro.

Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Incabível o incidente se o STF ou STJ já tiver afetado o tema para julgamento como recurso especial ou extraordinário repetitivo

É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Procedimento

1) Pedido de instauração

Se o juiz, o relator, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou qualquer das partes perceber que uma determinada controvérsia jurídica que está sendo discutida em um processo que está em 1ª ou 2ª instâncias também se repete em inúmeros outros processos, ele poderá pedir ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

2) Juízo de admissibilidade (art. 981)

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade considerando a presença dos pressupostos do art. 976:

- efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e
- risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

3) Se o incidente não for admitido

Se o IRDR não foi admitido por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade, isso não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

4) Se o incidente for admitido (art. 982)

Se o Tribunal admitir o processamento do IRDR, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 dias;

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias.

A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Cessa a suspensão se o incidente for julgado e, contra essa decisão, não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário.

5) Possibilidade de suspensão nacional dos processos

Visando à garantia da segurança jurídica, a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá requerer, ao STF ou ao STJ, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer essa suspensão nacional.

6) Desistência ou abandono do processo

Depois que o IRDR for suscitado, ainda que a parte desista ou abandone o processo que deu causa ao incidente, este IRDR terá o seu mérito apreciado. Para isso, o Ministério Público deverá assumir a titularidade em caso de desistência ou de abandono.

7) Oitiva de partes, interessados e do MP (art. 983)

O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia que, no prazo comum de 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Em seguida, deverá ser ouvido o Ministério Público, também no prazo de 15 dias.

Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente.

8) Audiência pública

Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

9) Data para julgamento

Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

10) Prazo para julgamento

O incidente será julgado no prazo de 1 ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (art. 980).

Se o IRDR não for julgado neste prazo, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

11) Ordem no julgamento (art. 984)

No julgamento do incidente, deverá ser observada a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 dias de antecedência.

Obs.: considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

Necessidade de análise de todos os argumentos: segundo o § 2º do art. 984, o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

12) Custas

Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tese jurídica (art. 985)

Julgado o incidente, será definida uma tese jurídica, que será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

Tese jurídica envolvendo serviço concedido, permitido ou autorizado

Se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art. 985, § 2º).

Descumprimento da tese jurídica

Não observada a tese fixada no IRDR, caberá reclamação (985, § 1º).

Revisão da tese jurídica fixada (art. 986)

É possível a revisão da tese jurídica firmada no incidente.

Essa revisão deverá ser feita pelo mesmo tribunal que fixou a tese, de ofício ou mediante requerimento do MP ou da Defensoria Pública.

O que o CPC fala sobre o recurso contra o julgamento do IRDR

O art. 987 do CPC prevê o seguinte:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Decisão do STF ou STJ que julgou o recurso contra o julgamento do IRDR

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo STF ou pelo STJ será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

NÃO CABE RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE FIXA TESE JURÍDICA EM ABSTRATO EM JULGAMENTO DO IRDR

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O TJDF, no julgamento do IRDR nº 2016.00.2.024562-9, fixou as seguintes teses:

- Nos casos que envolvam pedido de internação em leito de UTI ou fornecimento de medicamento, eventual incapacidade temporária daquele que esteja acometido de alguma patologia, não afasta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública;
- As ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde não encerram, por si só, complexidade apta a afastar a competência do Juizado Especial Fazendário, ressalvada a necessidade de produção de prova complexa a atrair a competência do Juízo de Fazenda Pública;
- Considerando que as ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde, inclusive o tratamento mediante internação, encartam pedido cominatório, o valor da causa, fixado de forma estimativa, é irrelevante para fins de definição da competência.

Passado algum tempo, a Defensoria Pública do DF constatou que a tese lançada no item “a” estava incompleta, pois restringia o acesso ao Juizado apenas para os incapacitados temporários, permanecendo a vedação para os incapazes permanentes.

Nas palavras dela, “o entendimento firmado encontra-se correto, porém está impreciso”, tendo em vista que, na jurisprudência do STJ, prevalece entendimento de que a incapacidade, por si só, não seria capaz de afastar a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Citou o REsp 1372034/RO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 14/11/2017).

Para sanar esse problema, a Defensoria Pública do DF propôs a revisão da tese, para que o item a fosse fixada da seguinte forma:

“a) A incapacidade da parte autora, por si só, não afasta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, inclusive nos casos que envolvam pedidos de internação hospitalar e de fornecimento de medicamentos ou serviços de saúde.”

Isso é possível? É possível a revisão da tese fixada em IRDR?

SIM. Trata-se de previsão expressa do art. 986 do CPC:

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

TJ rejeitou a revisão

O TJDF, por maioria, julgou improcedente o pedido de revisão.

O voto que inaugurou a divergência foi bem sucinto e se fundamentou na segurança jurídica:

“Senhor Presidente, peço licença ao eminente Relator para julgar improcedente o pedido.

Fico preocupado com essa oscilação na jurisprudência. Antes mesmo de se firmar, como se firma, uma tese, até majoritariamente houve alguém que não concordasse, já se propõe alteração, uma revisão. Então, isso é altamente preocupante, especialmente nos dias de hoje, em que a própria legislação processual procura estabelecer uma pacificação na jurisprudência”.

Recurso especial

A Defensoria Pública não concordou e ingressou com recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF/88:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Ao final, formulou pedido para que o recurso fosse provido para reformar o acórdão e, via de consequência, fosse determinada a revisão da tese para alinhá-la ao entendimento do STJ.

O que o STJ decidiu?

A Corte Especial, por unanimidade, **não conheceu** do recurso, ou seja, disse que não cabia recurso especial neste caso e nem apreciou o mérito.

No acórdão proferido, o TJDFT apenas analisou a revisão da tese jurídica em abstrato, pedido que foi julgado improvido, sendo mantidas as teses fixadas no julgamento do IRDR revisado.

Considerando que o acórdão recorrido impugnado no presente recurso especial foi proferido no âmbito do julgamento de pedido de revisão da tese jurídica do IRDR e não da aplicação da referida tese em caso concreto, o STJ entendeu que não cabia recurso especial considerando que não foi atendido o requisito constitucional de “causas decididas” previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

O art. 987 do CPC prevê o seguinte:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

Ocorre que é a Constituição Federal que prevê as hipóteses de cabimento de recurso especial e recurso extraordinário. Isso porque é o texto constitucional que estabelece as competências do STJ e STF.

Essas hipóteses de cabimento estabelecidas pela Constituição Federal não podem ser ampliadas pela legislação infraconstitucional nem mesmo pelo CPC.

Portanto, o simples fato de existir acórdão de mérito proferido em IRDR não significa dizer que cabe recurso especial sem a necessidade de observância dos requisitos constitucionais, ou seja, não podem ser mitigados pela legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil), sob pena de eventual interpretação inconstitucional do referido dispositivo.

Assim, o art. 987, do CPC, que prevê a possibilidade de recurso extraordinário ou especial contra decisão proferida em IRDR, deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 105, III, da CF, que menciona “causas decididas em única ou última instância”.

O conceito de “causas decididas” exige que o acórdão do Tribunal de origem tenha sido proferido em um processo em concreto, uma lide propriamente dita.

Seguindo essa definição, a tese jurídica fixada em abstrato no julgamento do IRDR não pode ser considerada como “causa decidida”, o que somente ocorreria com a aplicação da referida tese jurídica ao caso selecionado para o julgamento ou na aplicação nas causas em andamento/sobrestadas (caso concreto) que versem sobre o tema repetitivo julgado no referido incidente.

Desse modo, a viabilidade do recurso especial em sede de IRDR depende da sua vinculação a uma causa (caso concreto) decidida pelo tribunal de origem.

Como o recurso especial no caso concreto versa unicamente sobre a revisão da tese jurídica, sem vinculação a uma causa (sem um caso concreto inter partes), não está presente a hipótese de cabimento prevista na Constituição (causa decidida em única ou última instância), o que impede o seu conhecimento. Qualquer outra interpretação pode levar à inconstitucionalidade do art. 987, pois se estaria ampliando, por lei ordinária, as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial, que devem ser previstas na Constituição da República.

Em suma:

Não cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR, por ausência do requisito constitucional de cabimento de "causa decidida", mas apenas naquele que aplique a tese fixada, que resolve a lide, desde que observados os demais requisitos constitucionais do art. 105, III, da Constituição Federal e dos dispositivos do Código de Processo Civil que regem o tema.

STJ. Corte Especial. REsp 1.798.374-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/05/2022 (Info 737).

CABE RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE FIXA TESE JURÍDICA EM ABSTRATO DO IRDR SE O RECORRENTE ESTIVER DISCUTINDO A ADMISSÃO E O JULGAMENTO DO IRDR

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A Juíza titular da 5ª Vara Cível e da Fazenda Pública da Comarca de Macapá, no exercício cotidiano de suas funções judicantes, começou a perceber uma repetição de processos judiciais, nos quais servidores públicos do Estado do Amapá pleiteavam a concessão do adicional de insalubridade previsto em lei estadual. Naquelas ações, a principal tese veiculada pelos autores era a de que, na falta de regulamentação da referida lei estadual quanto aos percentuais, seria cabível a aplicação analógica da Lei federal nº 8.112/90.

A Juíza percebeu que seus (suas) colegas de magistratura estavam decidindo as causas de formas diferentes: alguns concediam o pedido, aplicando a legislação federal analogicamente, enquanto outros indeferiam a mencionada aplicação analógica.

Buscando resolver essa divergência, conferindo segurança jurídica, a magistrada oficiou ao Presidente do Tribunal de Justiça do Amapá pedindo a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Ela esclareceu que “no âmbito do Estado do Amapá, estão sendo ajuizadas inúmeras demandas visando o aumento ou recebimento da gratificação de Adicional de Insalubridade prevista na Constituição Federal e na Lei Estadual 066/93, tanto na Justiça Comum, quanto nos Juizados Especiais da Fazenda Pública”.

A juíza concluiu que haveria divergência entre o entendimento dos juízes vinculados ao TJAP:

“Ocorre que está havendo divergência de entendimento entre os juízes estaduais. Parcela dos magistrados acolhe a tese de que, na falta de regulamentação em lei estadual, quanto aos percentuais, devem ser utilizados, por analogia, aqueles fixados na legislação federal [Lei Federal nº 8.112/90]; por outro lado, há quem se filie ao entendimento de que não cabe a referida analogia.”

O Desembargador relator reputou presentes os requisitos de admissibilidade, admitindo a instauração e o processamento do IRDR, determinando “a imediata suspensão das múltiplas demandas envolvendo servidores estaduais que estão em tramitação no âmbito deste Poder Judiciário”, decisão que foi confirmada pelo órgão Plenário do Tribunal de Justiça. Eis o tema que o TJAP delimitou para ser decidido: “possibilidade ou não da aplicação subsidiária dos percentuais de adicional de insalubridade, então previstos em lei federal, aos servidores estaduais”.

Mais para frente, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá decidiu o IRDR e fixou a seguinte tese na qual admitiu o emprego de analogia, mas não da lei federal e sim de uma outra lei estadual:

“Enquanto não houver regulamentação integral aos dispositivos da Lei Estadual nº 0066/1993, para fins de pagamento do adicional de insalubridade aos servidores públicos do Amapá, devem ser aplicados, por analogia, os percentuais previstos na Lei Estadual nº 2.231, de 27/09/2017, que institui o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores Técnica-Administrativos Efetivos da Universidade do Estado do Amapá – UEAP, cujos efeitos contam a partir da data de publicação deste acórdão”.

O sindicato dos servidores interpôs recurso especial argumentando que:

- a) o IRDR não preencheu os requisitos de admissibilidade, pois não foi instaurado a partir de uma causa judicial concreta em trâmite no Tribunal (causa-piloto), mas sim em decorrência de um simples ofício encaminhado pelo juízo da 5ª Vara Cível e da Fazenda Pública da Comarca de Macapá;
- b) é inviável a admissão de IRDR quando inexistente processo pendente no Tribunal, já que se trata de ferramenta incidental a uma demanda de competência originária ou em grau de recurso; e
- c) que não foi definida com exatidão a divergência jurisprudencial em julgados do próprio TJAP, que seria um dos requisitos imprescindíveis para a instauração.

O Estado do Amapá, por sua vez, também apresentou recurso especial. Defendeu que o TJAP ultrapassou os limites do incidente ao fixar, analogicamente, os percentuais previstos na Lei Estadual nº 2.231, de 27/09/2017 (Plano de Cargos dos Servidores Técnica-Administrativos da Universidade do Estado do Amapá – UEAP). Esclareceu que a lide que deu origem ao IRDR versava somente sobre a possibilidade ou não da aplicação subsidiária dos percentuais de adicional de insalubridade, então previstos **em lei federal**, aos servidores estaduais. Os fundamentos do acórdão, assim, estariam em desconformidade com a causa-piloto e com a controvérsia original.

Esses recursos especiais podem ser conhecidos?

SIM.

O acórdão recorrido foi proferido em IRDR instaurado no Tribunal de origem (TJAP) como procedimento-modelo, ou seja, sem que houvesse uma causa-piloto que lhe subsidiasse (não foi instaurado a partir de um caso concreto, mas sim por meio de ofício da juíza). Portanto, o que se percebe é que houve a fixação de tese abstrata sem o julgamento concomitante de um caso concreto (o TJAP não decidiu um caso concreto).

Vimos acima que, em regra, o STJ afirma que não cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR, por ausência do requisito constitucional de cabimento de "causa decidida" (STJ. Corte Especial. REsp 1.798.374-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/05/2022. Info 737).

Logo, não caberia recurso especial contra esse acórdão do TJAP se os recorrentes estivessem discutindo o mérito daquilo que foi decidido (cabe, ou não, analogia).

Ocorre que nessa decisão (REsp 1.798.374-DF) a Corte Especial do STJ analisou a admissibilidade de um recurso especial da Defensoria Pública do Distrito Federal contra acórdão fundado em pedido de revisão de tese em IRDR, onde, nas palavras do Ministro Mauro Campbell Marques, "sequer existe parte contrária e, conseqüentemente, qualquer espécie de contraditório".

Na ocasião, o STJ concluiu que "a tese jurídica fixada em abstrato no julgamento do IRDR, ainda que no âmbito da interpretação de norma infraconstitucional federal, não pode ser considerada como causa decidida sob a ótica constitucional, o que somente ocorreria com a aplicação da referida tese jurídica ao caso selecionado para o julgamento ou na aplicação nas causas em andamento/sobrestadas (caso concreto) que versem sobre o tema repetitivo julgado no referido incidente" (REsp 1.798.374-DF).

Consignou-se, ainda, que o não cabimento do Apelo Especial em tais casos não prejudicaria o acesso da questão federal ao STJ, "pois a tese jurídica será aplicada aos demais casos idênticos e sobrestados que aguardavam a resolução do incidente e tratavam da mesma questão jurídica, o que, ao menos em linha de princípio, viabilizaria a interposição do recurso especial".

Presente caso é diferente porque os recorrentes estão discutindo as regras processuais do IRDR

No entanto, no presente caso, a questão posta em debate no Recurso em exame, não diz respeito à tese abstratamente fixada na origem, mas sim à aplicação, em concreto, das próprias regras processuais que envolvem o instituto do IRDR.

O que se discute neste feito (e este é o distinguishing em relação ao que restou decidido no REsp 1.798.374/DF) é a própria admissibilidade e a observância das regras do devido processo legal (*due process*) no Incidente instaurado na Corte de origem (TJAP).

Por se tratar de debate acerca da aplicação, em concreto, das regras processuais previstas para a admissão e o julgamento do IRDR, não haverá outra oportunidade para que as alegações da parte recorrente cheguem ao STJ. Publicada a tese, os casos concretos serão solucionados de acordo com ela, sem possibilidade de novo debate acerca da higidez da decisão do IRDR, que já terá transitado em julgado.

Em suma:

Cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR para tratar de debate acerca da aplicação, em concreto, das regras processuais previstas para a admissão e o julgamento do IRDR.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.023.892-AP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

Análise de algumas hipóteses

Hipótese	Cabe Resp?
1) o órgão julgador fixa a tese jurídica em abstrato e julga o caso concreto contido no processo selecionado.	SIM. Admite-se o cabimento do recurso especial da parte do acórdão que aplica a tese jurídica fixada no caso concreto que serviu como causa-piloto, bem como nos casos sobrestados que aguardavam o julgamento do IRDR. Para evitar o imenso volume de recursos especiais dirigidos ao STJ, nada impede que o Tribunal local selecione processos e envie para o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, na sistemática prevista nos arts. 1.036/1.041 do CPC, sendo perfeitamente possível a determinação de sobrestamento dos demais processos idênticos até a fixação da tese pela referida Corte Superior.
2) se houver desistência no processo que deu origem ao IRDR o julgamento terá prosseguimento no órgão julgador responsável, no qual será apenas fixada a tese jurídica do IRDR em abstrato (a tese jurídica será aplicada aos demais processos sobrestados que envolvam matéria idêntica, mas não no processo selecionado).	NÃO. Isso porque não há julgamento de causa em concreto, mas apenas acórdão da fixação da tese em abstrato (hipóteses de desistência ou revisão da tese em IRDR), o que afasta o cabimento do recurso especial em razão da inexistência do requisito constitucional de “causas decididas”.
3) se houve mero pedido de revisão da tese jurídica fixada no IRDR (sem relação direta com um caso concreto).	NÃO. Isso porque não há julgamento de causa em concreto. O órgão julgador apenas analisa se a tese fixada em abstrato deve ser mantida, ou não, sem vinculação a qualquer caso concreto (ao menos no exemplo dado).
4) o Tribunal de origem fixou tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR, mas não apreciou nenhum caso concreto	Em regra, não. Isso porque não houve causa decidida. Exceção: se o recurso estiver discutindo as normas processuais de admissão e julgamento do IRDR. Cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR para tratar de debate acerca da aplicação, em concreto, das regras processuais previstas para a admissão e o julgamento do IRDR.

IRDR

Para julgamento do IRDR exige-se, em regra, o julgamento conjunto de uma causa-piloto

Importante!!!

ODS 16

Na sistemática da causa-piloto há a seleção de uma lide concreta (um processo judicial, com partes determinadas) para que sirva de referência na delimitação da controvérsia que está se repetindo. Esse processo específico será utilizado como “piloto” para que o Tribunal fixe uma tese genérica que, posteriormente, vai ser aplicada a todos os casos com controvérsias idênticas.

Na sistemática do procedimento-modelo (ou causa-modelo) fixa-se uma tese abstrata sem uma causa-piloto que lhe subsidie.

O CPC estabeleceu, como regra, a sistemática da causa-piloto para o julgamento do IRDR. Isso significa que o incidente deve ser instaurado em um processo já em curso no Tribunal.

O Tribunal de origem não é livre para julgar o IRDR apenas com base em uma causa-modelo. Somente se admite a sistemática da causa-modelo em duas hipóteses:

- a) quando houver desistência das partes que tiveram seus processos selecionados como representativos da controvérsia multitudinária, nos termos do art. 976, § 1º, do CPC.
 - b) quando se tratar de pedido de revisão da tese jurídica fixada no IRDR (art. 986 do CPC).
- STJ. 2ª Turma. REsp 2.023.892-AP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

EXPLICANDO EM QUE CONSISTE O IRDR

Antes de comentar o julgado, irei fazer uma breve revisão sobre o IRDR. Se você estiver sem tempo, pode ir diretamente para a explicação do julgado.

Ideia geral do IRDR

É muito comum, na prática, que um determinado tema jurídico esteja sendo discutido simultaneamente em centenas ou milhares de processos.

No passado, esses processos eram julgados individualmente, o que gerava enormes custos e o risco de decisões diferentes para uma mesma controvérsia jurídica.

Pensando nisso, o CPC/2015 criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Assim, quando o juiz, o relator no Tribunal, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou qualquer das partes perceber que uma determinada controvérsia jurídica que está sendo discutida em um processo também se repete em inúmeros outros, será possível pedir a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso significa que todos os processos que tratam sobre aquele assunto ficarão suspensos até que o Tribunal defina a tese jurídica e, em seguida, ela será aplicada para todos esses feitos que se encontravam sobrestados.

Isso gera eficiência e minimiza o risco de decisões diferentes para situações semelhantes.

Essa sistemática já não era prevista para os casos de recursos especial e extraordinário repetitivos (que vimos acima)?

Os arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 previam uma espécie de “julgamento por amostragem” dos recursos extraordinários e recursos especiais que tivessem sido interpostos com fundamento em idêntica controvérsia ou questão de direito.

O CPC/2015, em linhas gerais, manteve uma regulamentação bem parecida, sendo o tema agora tratado nos arts. 1.036 a 1.041 (vimos isso acima).

Desse modo, o IRDR é parecido sim com a sistemática do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. No entanto, no caso dos recursos repetitivos, exige-se que a questão já tenha chegado

ao STJ ou STF por meio de recurso especial ou recurso extraordinário. O IRDR, por sua vez, pode ser instaurado antes de o tema chegar aos Tribunais Superiores.

Conforme se extrai da exposição de motivos do CPC/2015, o novo instituto (IRDR) – que é inspirado no direito alemão – foi pensado para dotar os tribunais estaduais e tribunais regionais federais de um mecanismo semelhante àquele já existente nas cortes superiores relativamente aos recursos repetitivos.

Requisitos para a instauração de IRDR (art. 976)

É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

- 1) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e
- 2) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Há ainda um pressuposto negativo previsto no § 4º do art. 976, que é a inexistência de afetação de recurso repetitivo pelos tribunais superiores no âmbito de sua respectiva competência para a definição de tese sobre a questão de direito objeto do IRDR:

Art. 976 (...)

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Legitimidade para requerer a instauração (art. 977)

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

- I - pelo juiz ou relator, por meio de ofício;
- II - pelas partes, por petição;
- III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Competência

Em regra, o IRDR será julgado pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal.

É possível, no entanto, que seja instaurado um IRDR diretamente no STJ nos casos de:

- competência recursal ordinária (art. 105, II, da CF/88); e de
- competência originária (art. 105, I, da CF/88).

Foi o que decidiu a Corte Especial do STJ:

O novo Código de Processo Civil instituiu microssistema para o julgamento de demandas repetitivas - nele incluído o IRDR, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal -, a fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.

STJ. Corte Especial. Agint na Pet 11.838/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 07/08/2019.

Logo, não cabe IRDR no STJ caso este Tribunal esteja apreciando um recurso especial (art. 105, III, da CF/88). Isso porque, neste caso, já existe um outro mecanismo que cumpre essa função, qual seja, o recurso especial repetitivo (art. 976, § 4º do CPC).

Falando agora da competência interna, o IRDR será julgado pelo órgão do Tribunal que for responsável pela uniformização de jurisprudência, segundo as regras do regimento interno.

Ex: no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a competência para julgar o IRDR é da Câmara de Uniformização (art. 18, I, do RITJDFT).

Esse órgão colegiado incumbido de julgar o IRDR e fixar a tese jurídica será também competente para julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Incidente deverá ser bem divulgado para permitir participação de interessados (art. 979)

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao CNJ para inclusão no cadastro.

Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Incabível o incidente se o STF ou STJ já tiver afetado o tema para julgamento como recurso especial ou extraordinário repetitivo

É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Procedimento

1) Pedido de instauração

Se o juiz, o relator, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou qualquer das partes perceber que uma determinada controvérsia jurídica que está sendo discutida em um processo que está em 1ª ou 2ª instâncias também se repete em inúmeros outros processos, ele poderá pedir ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

2) Juízo de admissibilidade (art. 981)

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade considerando a presença dos pressupostos do art. 976:

- efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e
- risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

3) Se o incidente não for admitido

Se o IRDR não foi admitido por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade, isso não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

4) Se o incidente for admitido (art. 982)

Se o Tribunal admitir o processamento do IRDR, o relator:

- I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;
- II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 dias;
- III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias.

A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Cessa a suspensão se o incidente for julgado e, contra essa decisão, não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário.

5) Possibilidade de suspensão nacional dos processos

Visando à garantia da segurança jurídica, a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá requerer, ao STF ou ao STJ, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer essa suspensão nacional.

6) Desistência ou abandono do processo

Depois que o IRDR for suscitado, ainda que a parte desista ou abandone o processo que deu causa ao incidente, este IRDR terá o seu mérito apreciado. Para isso, o Ministério Público deverá assumir a titularidade em caso de desistência ou de abandono.

7) Oitiva de partes, interessados e do MP (art. 983)

O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia que, no prazo comum de 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Em seguida, deverá ser ouvido o Ministério Público, também no prazo de 15 dias.

Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente.

8) Audiência pública

Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

9) Data para julgamento

Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

10) Prazo para julgamento

O incidente será julgado no prazo de 1 ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (art. 980).

Se o IRDR não for julgado neste prazo, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

11) Ordem no julgamento (art. 984)

No julgamento do incidente, deverá ser observada a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 dias de antecedência.

Obs.: considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

Necessidade de análise de todos os argumentos: segundo o § 2º do art. 984, o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

12) Custas

Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tese jurídica (art. 985)

Julgado o incidente, será definida uma tese jurídica, que será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

Tese jurídica envolvendo serviço concedido, permitido ou autorizado

Se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art. 985, § 2º).

Descumprimento da tese jurídica

Não observada a tese fixada no IRDR, caberá reclamação (985, § 1º).

Revisão da tese jurídica fixada (art. 986)

É possível a revisão da tese jurídica firmada no incidente.

Essa revisão deverá ser feita pelo mesmo tribunal que fixou a tese, de ofício ou mediante requerimento do MP ou da Defensoria Pública.

O que o CPC fala sobre o recurso contra o julgamento do IRDR

O art. 987 do CPC prevê o seguinte:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Decisão do STF ou STJ que julgou o recurso contra o julgamento do IRDR

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo STF ou pelo STJ será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

PARA JULGAMENTO DO IRDR EXIGE-SE, EM REGRA, O JULGAMENTO CONJUNTO DE UMA CAUSA-PILOTO

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A Juíza titular da 5ª Vara Cível e da Fazenda Pública da Comarca de Macapá, no exercício cotidiano de suas funções judicantes, começou a perceber uma repetição de processos judiciais, nos quais servidores públicos do Estado do Amapá pleiteavam a concessão do adicional de insalubridade previsto em lei estadual. Naquelas ações, a principal tese veiculada pelos autores era a de que, na falta de

regulamentação da referida lei estadual quanto aos percentuais, seria cabível a aplicação analógica da Lei federal nº 8.112/90.

A Juíza percebeu que seus (suas) colegas de magistratura estavam decidindo as causas de formas diferentes: alguns concediam o pedido, aplicando a legislação federal analogicamente, enquanto outros indeferiam a mencionada aplicação analógica.

Buscando resolver essa divergência, conferindo segurança jurídica, a magistrada oficiou ao Presidente do Tribunal de Justiça do Amapá pedindo a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Ela esclareceu que “no âmbito do Estado do Amapá, estão sendo ajuizadas inúmeras demandas visando o aumento ou recebimento da gratificação de Adicional de Insalubridade prevista na Constituição Federal e na Lei Estadual 066/93, tanto na Justiça Comum, quanto nos Juizados Especiais da Fazenda Pública”.

A juíza concluiu que haveria divergência entre o entendimento dos juízes vinculados ao TJAP:

“Ocorre que está havendo divergência de entendimento entre os juízes estaduais. Parcela dos magistrados acolhe a tese de que, na falta de regulamentação em lei estadual, quanto aos percentuais, devem ser utilizados, por analogia, aqueles fixados na legislação federal [Lei Federal nº 8.112/90]; por outro lado, há quem se filie ao entendimento de que não cabe a referida analogia.”

O Desembargador relator reputou presentes os requisitos de admissibilidade, admitindo a instauração e o processamento do IRDR, determinando “a imediata suspensão das múltiplas demandas envolvendo servidores estaduais que estão em tramitação no âmbito deste Poder Judiciário”, decisão que foi confirmada pelo órgão Plenário do Tribunal de Justiça. Eis o tema que o TJAP delimitou para ser decidido: “possibilidade ou não da aplicação subsidiária dos percentuais de adicional de insalubridade, então previstos em lei federal, aos servidores estaduais”.

Mais para frente, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá decidiu o IRDR e fixou a seguinte tese na qual admitiu o emprego de analogia, mas não da lei federal e sim de uma outra lei estadual:

“Enquanto não houver regulamentação integral aos dispositivos da Lei Estadual nº 0066/1993, para fins de pagamento do adicional de insalubridade aos servidores públicos do Amapá, devem ser aplicados, por analogia, os percentuais previstos na Lei Estadual nº 2.231, de 27/09/2017, que institui o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores Técnica-Administrativos Efetivos da Universidade do Estado do Amapá – UEAP, cujos efeitos contam a partir da data de publicação deste acórdão”.

O sindicato dos servidores interpôs recurso especial alegando, dentre outros argumentos, que:

- a) o IRDR não preencheu os requisitos de admissibilidade, pois não foi instaurado a partir de uma causa judicial concreta em trâmite no Tribunal (causa-piloto), mas sim em decorrência de um simples ofício encaminhado pelo juízo da 5ª Vara Cível e da Fazenda Pública da Comarca de Macapá;
- b) é inviável a admissão de IRDR quando inexistente processo pendente no Tribunal, já que se trata de ferramenta incidental a uma demanda de competência originária ou em grau de recurso.

O STJ concordou com os argumentos do recorrente?

SIM.

O acórdão recorrido foi proferido em IRDR instaurado no Tribunal de origem (TJAP) como procedimento-modelo, ou seja, sem que houvesse uma causa-piloto que lhe subsidiasse (não foi instaurado a partir de um caso concreto, mas sim por meio de ofício da juíza). Portanto, o que se percebe é que houve a fixação de tese abstrata sem o julgamento concomitante de um caso concreto (o TJAP não decidiu um caso concreto).

Ocorre que, ao fazer isso, o Tribunal de origem violou o parágrafo único do art. 978 do CPC:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Causa-piloto x causa-modelo

Na sistemática da **causa-piloto** há a seleção de uma lide concreta (um processo judicial, com partes determinadas) para que sirva de referência na delimitação da controvérsia que está se repetindo. Esse processo específico será utilizado como “piloto” para que o Tribunal fixe uma tese genérica que, posteriormente, vai ser aplicada a todos os casos com controvérsias idênticas.

Na sistemática do procedimento-modelo (ou **causa-modelo**) fixa-se uma tese abstrata sem uma causa-piloto que lhe subsidie.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves explica a diferença entre as duas sistemáticas, esclarecendo a discussão doutrinária sobre qual delas deve incidir sobre o IRDR, se a da “causa-piloto” (ou seja, o IRDR necessita de um processo subjacente) ou causa-modelo (pode ser instaurado e processado em abstrato):

“[...] necessário conhecer as duas teorias que disputam primazia, a respeito da natureza do IRDR: a da “causa modelo” e da “causa piloto”. Para a primeira, o IRDR poderia ser instaurado, processado e decidido em abstrato, isto é, não propriamente como um incidente em processo concreto, pendente no tribunal, mas como um mecanismo autônomo, independente de qualquer causa em concreto, destinado a que o órgão competente possa dirimir, em tese e em abstrato, a questão jurídica versada em uma multiplicidade de processos. Assim, ao decidir o IRDR o órgão competente não estaria decidindo um caso concreto, mas apreciando a questão jurídica em abstrato, com eficácia vinculante para todos os processos concretos pendentes, subordinados àquele órgão.

Já para a segunda teoria, a da causa piloto, o IRDR é um incidente. Portanto, só pode ser implementado em uma causa concreta pendente, que esteja no Tribunal ao qual pertence o órgão competente para julgá-lo. O IRDR é processado como incidente neste processo, e a questão jurídica é examinada no caso concreto, no qual o incidente foi instaurado. Assim, ao mesmo tempo em que o órgão examina o caso concreto, decide a questão jurídica, com força de precedente vinculante. E o que foi decidido deve ser aplicado nos demais processos pendentes, que versem sobre a mesma questão, e que estejam no Tribunal ou nas Instâncias inferiores.”

(GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. Saraiva, 2024, p. 518.)

Em regra, deve existir uma causa-piloto

O CPC estabeleceu, como regra, a sistemática da causa-piloto para o julgamento do IRDR.

Isso significa que o incidente deve ser instaurado em um processo já em curso no Tribunal.

Somente se admite a sistemática da causa-modelo em dois casos excepcionais

O Tribunal de origem não é livre para julgar o IRDR apenas com base em uma causa-modelo.

Somente se admite a sistemática da causa-modelo em duas hipóteses:

a) quando houver desistência das partes que tiveram seus processos selecionados como representativos da controvérsia multitudinária, nos termos do art. 976, § 1º, do CPC:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

(...)

b) quando se tratar de pedido de revisão da tese jurídica fixada no IRDR.
Isso equivale a um pedido de instauração do incidente (art. 986 do CPC):

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III .

Nesta situação o Tribunal de origem irá apenas analisar se as teses jurídicas fixadas em abstrato devem ser mantidas, ou não, sem qualquer vinculação a qualquer caso concreto. Foi o que decidiu a Corte Especial STJ no REsp 1.798.374/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 21.6.2022).

No caso concreto, nenhuma dessas duas hipóteses estava presente

Na situação analisada, nenhuma dessas duas hipóteses estava presente, mas mesmo assim o Tribunal de origem decidiu julgar o IRDR apenas com base em uma causa-modelo.

Julgar o IRDR apenas com base em uma causa-modelo gera prejuízo às partes potencialmente afetadas com a decisão

No IRDR, a regra é a participação das partes dos recursos selecionados como representativos da controvérsia. Isso constitui o núcleo duro do princípio do contraditório, na perspectiva da representatividade adequada. Em palavras mais simples, é isso que garante o contraditório.

No IRDR, existe a possibilidade da participação de *amici curiae* e do Ministério Público. Mesmo assim, o CPC imputou às partes da causa-piloto a condição de representante dos eventuais afetados pela decisão. AS partes falam em juízo em nome de todos os possíveis afetados considerando que existe identidade de interesses. Justamente por essa razão, o Tribunal de origem tem o dever de garantir que tal representação seja efetivamente exercida de forma adequada.

A efetiva participação das partes é mais importante no IRDR do que nos processos coletivos que visam tutelar direitos individuais homogêneos. Isso porque nestes (processos coletivos), a decisão desfavorável ao grupo não prejudica seus membros, em razão da regra da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*.

No IRDR, por outro lado, a decisão desfavorável será a todos aplicada, por constituir precedente qualificado (art. 927, III, CPC):

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

É regra elementar do *due process* que aquele que não participou do processo - ainda que por intermédio de representante adequado - não pode ser por ele prejudicado.

Não haverá participação de todos, mas deve haver uma participação mínima

Não se trata de admitir, indistintamente, a participação de todos os particulares que tiveram seus processos suspensos; isso certamente inviabilizaria o julgamento do Incidente. O ordenamento jurídico, todavia, impõe a efetiva participação, no mínimo, daqueles que tiveram seus processos indicados como causas representativas da controvérsia multitudinária, pois são, indiscutivelmente, partes interessadas no Incidente. O IRDR não pode ser interpretado de forma a dar origem a uma espécie de “justiça de cidadãos sem rosto e sem fala”.

Conclusões

Logo, o Tribunal de origem não pode avocar o julgamento de determinadas questões de direito de forma desvinculada de uma causa que esteja sob sua apreciação. O relator de uma das causas pendentes de

julgamento poderia tomar essa iniciativa, selecionando processos que melhor atendessem a exigência da representatividade adequada para julgá-los como causa-piloto, respeitando o contraditório e a ampla defesa, e permitindo a participação dos atores relevantes do litígio massificado.

Ao adotar o sistema da causa-piloto, a tese repetitiva, da qual surtirão os efeitos externos (erga omnes), deve ser apreciada conjuntamente com o caso concreto, do qual surtirão os efeitos internos (inter partes), como se depreende do parágrafo único do art. 978 do CPC:

Art. 978. (...)

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Se as partes autoras dos processos selecionados não os abandonaram ou deles desistiram, sua efetiva participação é imposição do princípio do contraditório e da norma do art. 978, parágrafo único, do CPC.

Assim sendo, o STJ considerou que, no caso concreto, o TJAP violou o art. 978, parágrafo único, do CPC, na medida em que foi admitido o IRDR de forma autônoma, sem vinculação a um processo pendente, o que inviabiliza a exigência de julgamento concomitante de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária que lhe pudesse dar origem.

Como visto acima, o STJ deu a sua resposta para esse problema, fixando que, via de regra é a sistemática da causa-piloto que deve ser observada no julgamento do IRDR. Como também delineado acima, o uso de causa-modelo só será admitido em duas hipóteses:

- a) desistência das partes que tiveram seus processos selecionados como representativos da controvérsia multitudinária; e
- b) pedido de revisão da tese jurídica fixada no IRDR.

Em suma:

O CPC estabeleceu, como regra, a sistemática da causa-piloto para o julgamento do IRDR.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.023.892-AP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

PROCESSO COLETIVO

Nas ações coletivas em que a associação representa seus associados por legitimação ordinária o entendimento que deve ser aplicado é o firmado no Tema 499 do STF

ODS 16

Nas ações coletivas em que a associação representa seus associados por legitimação ordinária, nos termos do art. 5º, XXI, da CF/88, o entendimento que deve ser aplicado é o firmado no Tema n. 499 do STF.

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento (STF. Plenário. RE 612043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2017) (Repercussão Geral – Tema 499) (Info 864).

STJ. Corte Especial. EREsp 1.367.220-PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 6/3/2024 (Info 803).

AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO EM FAVOR DE SEUS FILIADOS

As associações podem propor ações coletivas em favor dos seus associados?

SIM. “A CF/88 autoriza que as associações façam a defesa, judicial ou extrajudicial, dos direitos e interesses individuais e coletivos de seus associados (art. 5º, XXI, da CF/88).

A associação precisa da autorização dos associados para propor a ação na defesa de seus interesses?

SIM. O inciso XXI do art. 5º da CF/88 exige que as associações tenham sido expressamente autorizadas. Veja:

Art. 5º (...)

XXI — as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Qual é a amplitude da locução “expressamente autorizadas”? Essa autorização pode ser genericamente prevista no estatuto ou deverá ser uma autorização para cada ação a ser proposta?

Para o STF, a autorização estatutária genérica conferida à associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados.

(PGM Salvador 2015 CESPE) As entidades associativas têm legitimidade ativa para propor ação coletiva que represente seus filiados, caso em que a permissão estatutária genérica para o ajuizamento de ações é sempre suficiente para a propositura da demanda de direitos individuais homogêneos de seus associados. (errado)

Assim, para cada ação a ser proposta é indispensável que os filiados forneçam uma autorização de forma expressa e específica.

Exemplo:

A Associação do Ministério Público de Santa Catarina (ACMP) ajuizou ação pedindo o pagamento de determinada verba aos seus filiados. Acompanhando a petição inicial, a ACMP juntou declarações de diversos associados autorizando que fosse proposta a ação.

O pedido foi julgado procedente e transitou em julgado.

Diante disso, vários Promotores de Justiça ingressaram com execuções individuais cobrando a gratificação reconhecida na sentença.

Ocorre que o juiz somente aceitou a execução proposta pelos filiados que haviam autorizado expressamente o ajuizamento da ação. Quanto aos associados que não assinaram a autorização, a execução não foi conhecida pelo juiz sob o argumento de que os efeitos da sentença judicial transitada em julgado somente alcançam os associados (no caso, Promotores) que, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizaram expressamente que a associação ingressasse com a demanda. Em suma, para o magistrado, somente tem direito de executar a decisão os filiados que autorizaram a propositura da ação.

A decisão do magistrado está de acordo com a jurisprudência do STF.

O tema foi decidido pelo STF em sede de repercussão geral, tendo sido firmada a seguinte tese:

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

STF. Plenário. RE 573232/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 14/5/2014 (Repercussão Geral – Tema 82) (Info 746).

O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97 corrobora essa exigência:

Art. 2º-A. (...)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Como deverá ser feita essa autorização?

A autorização poderá ser manifestada:

- por declaração individual do associado; ou
- por aprovação na assembleia geral da entidade.

Essa autorização é um traço que distingue a legitimidade das entidades associativas (art. 5º, XXI) em relação à legitimidade das entidades sindicais (art. 8º, III):

Ação coletiva proposta por ASSOCIAÇÃO	Ação coletiva proposta por ENTIDADES SINDICAIS
Art. 5º (...) XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;	Art. 8º (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
A associação atua como representante processual (atua em nome dos associados).	O sindicato atua como substituto processual (em nome próprio defendendo direito alheio).
A associação precisa da autorização dos associados para propor a ação coletiva na defesa de seus interesses. A associação é obrigada a apresentar a relação nominal dos associados que autorizaram a demanda juntamente com a petição inicial da ação proposta.	O sindicato não precisa da autorização dos membros da categoria (trabalhadores) para propor a ação coletiva na defesa de seus interesses. O sindicato não precisa apresentar a relação nominal dos substituídos juntamente com a petição inicial da ação proposta.

(Cartório TJDF 2019 CEBRASPE) A expressão contida no art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, refere-se à substituição processual e não à representação processual. (errado)

(Cartório TJDF 2019 CEBRASPE) As associações e os sindicatos possuem legitimidade para propor a ação em defesa de seus filiados, na qualidade de substitutos processuais, independentemente de autorização expressa ou de procuração individual por eles fornecida. (errado)

A regra acima exposta apresenta alguma exceção? A associação precisará da autorização expressa para toda e qualquer ação a ser proposta?

Existem duas exceções:

Exceção 1: mandado de segurança coletivo.

No caso de impetração de mandado de segurança coletivo, a associação não precisa de autorização específica dos filiados. Veja o que diz a CF/88:

Art. 5º (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

(...)

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Há, inclusive, uma súmula tratando a respeito:

Súmula 629-STF: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

Exceção 2: mandado de injunção coletivo.

No caso de impetração de mandado de injunção coletivo, a associação também não precisa de autorização específica dos filiados. Veja o que diz a Lei nº 13.300/2016:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

(...)

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

Quadro-resumo:

AS ASSOCIAÇÕES PRECISAM DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA DE SEUS FILIADOS PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES EM DEFESA DESTES?	
<p>REGRA GERAL: SIM</p> <p>A autorização estatutária genérica conferida à associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados. Para cada ação, é indispensável que os filiados autorizem, de forma expressa e específica, a demanda.</p> <p>O inciso XXI do art. 5º da CF/88 exige autorização expressa.</p> <p>Trata-se de hipótese de legitimação processual (a associação defende, em nome dos filiados, direito dos filiados que autorizaram).</p>	
<p>EXCEÇÃO 1: MS coletivo</p> <p>Fundamento: o inciso LXX do art. 5º da CF/88 NÃO exige autorização expressa.</p> <p>O LXX do art. 5º da CF/88 NÃO exige autorização expressa.</p> <p>Trata-se de hipótese de legitimação extraordinária (substituição processual), ou seja, a associação defende, em nome próprio, direito dos filiados.</p>	<p>EXCEÇÃO 2: MI coletivo</p> <p>Fundamento: o art. 12, III, da Lei nº 13.300/2016 afirma expressamente que o mandado de injunção coletivo pode ser promovido pela associação, dispensada, para tanto, autorização especial.</p>

AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO EM FAVOR DE SEUS FILIADOS ATUAIS E FUTUROS: IMPOSSIBILIDADE

A associação dos Auditores Fiscais ajuizou ação coletiva pedindo que a União fosse condenada a pagar a gratificação "X" a todos os Auditores filiados à associação, bem como àqueles que vierem a se associar até o momento da execução do título judicial. Esse pedido poderá ser conhecido?

NÃO.

A associação não tem legitimidade ativa para defender os interesses dos associados que vierem a se agregar somente após o ajuizamento da ação de conhecimento.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.468.734-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 1º/3/2016 (Info 579).

Conforme foi definido pelo STF, “as balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa

dos associados e a lista destes juntada à inicial.” (STF. Plenário. RE 573232/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 14/5/2014. Info 746).

Em palavras mais simples, no momento em que a associação ajuíza a demanda, ela deverá juntar aos autos autorização expressa dos associados para a propositura dessa ação e uma lista com os nomes de todas as pessoas que estão associadas naquele momento.

A associação não tem legitimidade ativa para defender os direitos de pessoas que, depois da propositura da ação, vierem a se agregar à entidade.

Caso a ação seja julgada procedente, o título executivo irá beneficiar apenas os associados cujos nomes estão na lista de filiados juntada com a petição inicial. Só essas pessoas é que poderão executar o título.

Em suma, as pessoas que se filiarem à associação em momento posterior à data do ajuizamento da ação e que, por esse motivo, não constaram da relação de nomes anexada à inicial da demanda, não são alcançadas e beneficiadas pela eficácia da coisa julgada.

Por quê?

A enumeração dos associados até o momento imediatamente anterior ao do ajuizamento se presta à observância do princípio do devido processo legal, inclusive sob o enfoque da razoabilidade. Por meio dela, presente a relação nominal, é que se viabiliza o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa.

AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO SOMENTE ALCANÇA OS FILIADOS RESIDENTES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR (TEMA 499)

Imagine a seguinte situação hipotética:

A Associação dos Servidores da Justiça Federal da 4ª Região ajuizou uma ação coletiva pedindo que a União pagasse a gratificação “X” para os integrantes da carreira.

A ação foi proposta originalmente perante a Justiça Federal de 1ª instância de Curitiba.

O juiz julgou a ação procedente determinando que a União pague a gratificação.

Suponhamos que houve o trânsito em julgado.

Essa decisão irá beneficiar todos os servidores da Justiça Federal da 4ª Região (que abrange os Estados do RS, SC e PR)?

NÃO. A sentença terá eficácia apenas para os associados que, no momento do ajuizamento da ação, tinham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão. Isso está previsto no *caput* do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

(Promotor MP/MG 2019) A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (certo)

Assim, neste exemplo, a decisão irá beneficiar apenas os servidores que, na data da propositura da ação, tinham domicílio em Curitiba (âmbito da competência territorial do órgão prolator).

Esse art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 é constitucional?

SIM. O STF, no julgamento do RE 612043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2017, declarou a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97. Veja:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

STF. Plenário. RE 612043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2017 (Repercussão Geral – Tema 499) (Info 864).

DECISÃO DO STF NO RE 612043/PR É RESTRITA ÀS AÇÕES COLETIVAS DE RITO ORDINÁRIO

Se você reparar no texto acima, até agora não falei sobre ação civil pública. O que eu expliquei foi sobre ação coletiva, de rito ordinária, proposta por associação civil na defesa dos interesses dos seus associados. Vou falar agora sobre ação civil pública.

Eficácia subjetiva da ação civil pública

Falar em “eficácia subjetiva” significa estudarmos “para quem” a sentença proferida na ACP produz efeitos, isto é, as pessoas que são atingidas juridicamente pelo que foi decidido.

O art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) estabelece o seguinte:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494/97)

Esse artigo foi alterado pela Lei nº 9.494/97, com o objetivo de restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada, ou seja, ele determinou que a coisa julgada na ACP deveria produzir efeitos apenas dentro dos limites territoriais do juízo que prolatou a sentença.

Em outras palavras, o que o art. 16 quis dizer foi o seguinte: a decisão do juiz na ação civil pública não produz efeitos no Brasil todo. Ela irá produzir efeitos apenas na comarca (se for Justiça Estadual) ou na seção ou subseção judiciária (se for Justiça Federal) do juiz prolator.

A doutrina critica bastante a existência do art. 16 e afirma que ele não deve ser aplicado por ser inconstitucional, impertinente e ineficaz.

Resumo das principais críticas ao dispositivo (DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes):

- Gera prejuízo à economia processual e pode ocasionar decisões contraditórias entre julgados proferidos em Municípios ou Estados diferentes;
- Viola o princípio da igualdade por tratar de forma diversa os brasileiros (para uns irá “valer” a decisão, para outros não);
- Os direitos coletivos “lato sensu” são indivisíveis, de forma que não há sentido que a decisão que os define seja separada por território;
- A redação do dispositivo mistura “competência” com “eficácia da decisão”, que são conceitos diferentes. O legislador confundiu, ainda, “coisa julgada” e “eficácia da sentença”;
- O art. 93 do CDC, que se aplica também à LACP, traz regra diversa, já que prevê que, em caso de danos nacional ou regional, a competência para a ação será do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, o que indica que essa decisão valeria, no mínimo, para todo o Estado/DF.

Para o STJ, o art. 16 da LACP é válido? A decisão do juiz na ação civil pública fica restrita apenas à comarca ou à seção (ou subseção) judiciária do juiz prolator?

NÃO.

A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas NÃO deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão.

STJ. Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016.

Interessante também transcrever trecho do voto do brilhante Min. Luis Felipe Salomão, no REsp 1.243.887/PR (STJ. Corte Especial, julgado em 19/10/2011):

“A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível".

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial."

Resumindo:

O art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) estabelece o seguinte:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494/97)

O que o art. 16 quis dizer foi o seguinte: a decisão do juiz na ação civil pública não produz efeitos no Brasil todo. Ela irá produzir efeitos apenas na comarca (se for Justiça Estadual) ou na seção ou subseção judiciária (se for Justiça Federal) do juiz prolator.

Para o STJ, o art. 16 da LACP é válido? A decisão do juiz na ação civil pública fica restrita apenas à comarca ou à seção (ou subseção) judiciária do juiz prolator?

NÃO. A posição que prevalece atualmente é a seguinte:

A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas NÃO deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão.

STJ. Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016.

(Juiz Federal TRF2 2018) Nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre o alcance territorial da sentença coletiva transitada em julgado, diante da limitação determinada pelo art. 16 da Lei n. 7.347/85:

A) a sentença pode ser executada nacionalmente independentemente do que foi fixado no título.

B) a sentença fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, ainda que o título tenha estabelecido de modo mais amplo.

C) o Supremo Tribunal Federal entendeu que o tema possuía repercussão geral, estabelecendo que a coisa julgada deve prevalecer, em razão da proteção constitucional.

D) o Supremo Tribunal Federal entendeu que o tema possuía repercussão geral, estabelecendo que limitação determinada pela lei não ofende a coisa julgada.

E) a sentença pode ser executada fora dos limites da competência territorial do órgão prolator, por força da coisa julgada, ainda que em contrariedade à limitação legal, se fixado no título.
Letra E

O STF, posteriormente, também decidiu de forma semelhante:

I - É inconstitucional o art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterada pela Lei nº 9.494/97.

II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei nº 8.078/90 (CDC).

III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 1075) (Info 1012).

Logo depois que saiu a decisão do STF no RE 612043/PR, muita gente ficou com dúvidas e pensou que o acórdão do Supremo seria contrário ao entendimento do STJ a respeito do art. 16 da LACP. Essa leitura é correta? A decisão do STF no RE 612043/PR contraria o entendimento do STJ a respeito do art. 16 da LACP? NÃO.

O entendimento do STF no RE 612043/PR só se aplica para ações coletivas de rito ordinário.

Durante os debates os Ministros afirmaram que a tese definida no RE 612043/PR não se aplica para:

- Ações Civis Públicas regidas pela Lei nº 7.347/85; e
- Ações Coletivas do CDC.

Com isso, não há incompatibilidade entre a tese do RE 612043/PR com o entendimento do STJ a respeito do art. 16 da LACP.

A dúvida foi tamanha que houve embargos de declaração e o STF teve que reafirmar isso nos embargos: a tese definida no RE 612043/PR (Tema 499) vale unicamente para as ações coletivas de rito ordinário, não sendo aplicada para as ações civis públicas.

CONCLUSÕES

A partir de tudo que foi exposto, podemos elencar as seguintes conclusões:

- 1) As associações podem propor ações coletivas em favor dos seus associados.
- 2) A associação precisa da autorização dos associados para propor a ação na defesa de seus interesses.
- 3) A autorização dada pelos associados precisa ser expressa e específica para cada ação. Assim, não é suficiente a autorização genericamente prevista no estatuto da associação.
- 4) Essa autorização pode ser feita de duas formas:
 - a) por declaração individual do associado; ou
 - b) por aprovação na assembleia geral da entidade.
- 5) Vale ressaltar que, no caso de impetração de mandado de segurança coletivo, a associação não precisa de autorização específica dos filiados (Súmula 629-STF).
- 6) Para que seja beneficiada pela sentença favorável obtida na ação coletiva proposta pela associação é necessário que a pessoa:
 - a) esteja filiada à associação no momento da propositura;
 - b) seja residente no âmbito da jurisdição do órgão julgador;
 - c) tenha autorizado o ajuizamento da ação e seu nome esteja na lista anexada junto à petição inicial.
- 7) O art. 2-A da Lei nº 9.494/97 é constitucional.
- 8) Essas sete conclusões expostas valem unicamente para as ações coletivas de rito ordinário, não sendo aplicadas para as ações civis públicas.

Posição do STJ

O STJ também já afirmou que o entendimento manifestado pelo STF no RE 612043/PR e no RE 573232/SC é restrito às ações coletivas de rito ordinário:

(...) 1. Cuida-se de ação coletiva de consumo, ajuizada por associação civil em favor de todos os consumidores e por meio da qual é questionada a cobrança cumulativa de comissão de permanência com outros encargos, como multa e juros de mora, nos contratos de abertura de crédito em conta corrente.

(...)

8. Por se tratar do regime de substituição processual, a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo é estabelecida na definição dos objetivos institucionais, no próprio ato de criação da associação, sendo desnecessária nova autorização ou deliberação assemblear.

9. As teses de repercussão geral resultadas do julgamento do RE 612.043/PR e do RE 573.232/SC tem seu alcance expressamente restringido às ações coletivas de rito ordinário, as quais tratam de interesses meramente individuais, sem índole coletiva, pois, nessas situações, o autor se limita a representar os titulares do direito controvertido, atuando na defesa de interesses alheios e em nome alheio. (...)

STJ. 3ª Turma. REsp 1649087/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/10/2018.

A decisão em mandado de segurança coletivo impetrado por associação beneficia todos os associados, sendo irrelevante a filiação ter ocorrido após a sua impetração

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação:

A União, por meio da Lei nº 4.156/62, instituiu empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás, que era cobrado nas faturas de energia elétrica pagas pelas empresas.

De acordo com a mencionada lei, posteriormente alterada pelas Leis nº 4.357/64 e nº 5.073/66, a devolução dos valores cobrados se daria sob a forma de ações preferenciais, resgatáveis no prazo de 20 anos, sujeita a juros de 6% ao ano, além de correção monetária.

Posteriormente, a União, através de decretos regulamentadores, alterou a forma de cálculo dos juros, da correção monetária e do número de ações que seriam efetivamente devidas aos contribuintes.

Muitas empresas discordaram dessas alterações promovidas pelos decretos regulamentadores alegando que as mudanças teriam reduzido indevidamente o valor a elas devido.

Ação proposta pela Câmara de Dirigentes Lojistas de um município

Diante desse cenário, a Câmara de Dirigentes Lojistas de União da Vitória/PR – CDL formulou uma “ação ordinária condenatória” objetivando reaver essa diferença.

Vale ressaltar que a CDL possui natureza jurídica de associação privada.

A ação teve regular trâmite e, ao final, foi julgada parcialmente procedente em relação aos créditos constituídos a partir de 1988, reconhecendo-se o direito à correção monetária integral, bem como ao recebimento integral do crédito previsto na legislação instituidora.

Na decisão, o juiz federal consignou expressamente que os efeitos da decisão somente alcançariam as empresas que eram associadas no momento da propositura da ação, conforme relação nominal acostada à inicial, não alcançando empresas que porventura viessem a associar em momento posterior.

A CDL não concordou e interpôs recurso de apelação.

No recurso, entre outros fundamentos, sustentou que os efeitos da decisão deveriam alcançar todos os associados, presentes e futuros, a fim de se homenagear os princípios da economia e a celeridade processual.

O TRF4 manteve a decisão do juízo *a quo* em relação à restrição do alcance da coisa julgada aos associados constantes da relação apresentada na inicial.

A CDL não concordou e interpôs recurso especial insistindo na tese de que os efeitos da decisão deveriam alcançar todos os associados, presentes e futuros.

O STJ concordou com os argumentos da CDL?

NÃO.

A 2ª Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.362.022-SP, estabeleceu a seguinte distinção entre:

- (a) a legitimidade ativa de associado para executar individualmente sentença prolatada em ação coletiva ordinária proposta por associação expressamente autorizada pelos associados (legitimação ordinária), agindo com base na representação prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal; e
- (b) a legitimidade ativa de beneficiário consumidor para executar individualmente sentença prolatada em ação coletiva substitutiva proposta por associação, mediante legitimação constitucional extraordinária (p. ex., CF, art. 5º, LXX) ou legitimação legal extraordinária, com arrimo, especialmente, nos arts. 81, 82 e 91 do Código de Defesa do Consumidor (ação civil pública substitutiva ou ação coletiva de consumo).

No primeiro caso, os efeitos da sentença de procedência da ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcançará os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador. Há eficácia subjetiva e territorial restrita.

No segundo caso, os efeitos da sentença de procedência da ação coletiva substitutiva não estarão circunscritos aos limites geográficos do órgão prolator da decisão, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, de maneira que beneficiarão os consumidores prejudicados e seus sucessores, legitimando-os à liquidação e à execução, independentemente de serem filiados à associação promotora.

Nessa diferenciação é que residem os Temas 499 e 1.075 do STF. Quanto ao Tema n. 499/STF, tem-se que: *"A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento."* (RE n. 612.043, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 10/5/2017).

Quanto ao Tema n. 1.075/STF, o Pretório Excelso: declarou a inconstitucionalidade da redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, dada pela Lei 9.494/1997, determinando a repristinação de sua redação original; concluindo que os efeitos e a eficácia da sentença coletiva não estão circunscritos aos limites geográficos do órgão prolator da decisão, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (RE n. 1.101.937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 08/4/2021).

Quanto ao Tema n. 1.075/STF, o STF:

Declarou a inconstitucionalidade da redação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, dada pela Lei nº 9.494/97, determinando a repristinação de sua redação original; concluindo que os efeitos e a eficácia da sentença coletiva não estão circunscritos aos limites geográficos do órgão prolator da decisão, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (RE n. 1.101.937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 08/4/2021).

O STJ já havia se pronunciado nesse mesmo sentido, no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, no qual firmou entendimento de que: *"a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo"* (REsp n. 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe de 12/12/2011).

O caso, está circunscrito à ação coletiva movida sob o rito ordinário, em que a associação, sob invocação da norma constitucional do inciso XXI do art. 5º, representou em juízo seus associados, agindo por

legitimação ordinária (ação coletiva representativa). Desse modo, o entendimento que deve ser aplicado, na espécie, é o firmado em repercussão geral pelo STF, no Tema 499/STF.

Em suma:

Nas ações coletivas em que a associação representa seus associados por legitimação ordinária, nos termos do art. 5º, XXI, da CF/88, o entendimento que deve ser aplicado é o firmado no Tema n. 499 do STF.

STJ. Corte Especial. EREsp 1.367.220-PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 6/3/2024 (Info 803).

DIREITO PENAL

PENA DE MULTA

O inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?

Importante!!!

Atualize o Info 720-STJ

ODS 16

Regra: se o indivíduo for condenado a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade. Em outras palavras, somente haverá a extinção da punibilidade se, além do cumprimento da pena privativa de liberdade (ou restritiva de direitos), houver o pagamento da multa.

Exceção: se o condenado alegar que não tem como pagar a multa a punibilidade será extinta, salvo se o Estado conseguir demonstrar que ele tem condições financeiras.

O inadimplemento da pena de multa, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.090.454-SP e REsp 2.024.901-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28/02/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 931) (Info 803).

NOÇÕES GERAIS SOBRE A MULTA

Sanção penal é a resposta dada pelo Estado à pessoa que praticou uma infração penal.

Existem duas espécies de sanção penal:

- 1) Pena.
- 2) Medida de segurança.

Multa

Multa é uma espécie de pena, por meio da qual o condenado fica obrigado a pagar uma quantia em dinheiro que será revertida em favor do Fundo Penitenciário.

Pagamento da multa. A pena de multa é fixada na própria sentença condenatória. Depois que a sentença transitar em julgado, o condenado terá um prazo máximo de 10 dias para pagar a multa imposta (art. 50 do CP). O Código prevê a possibilidade de o condenado requerer o parcelamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas, podendo o juiz autorizar, desde que as circunstâncias justifiquem (ex.: réu muito pobre, multa elevadíssima etc.). O parcelamento deverá ser feito antes de esgotado o prazo de 10

dias. O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações (art. 169, § 1º da LEP). Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá revogar o benefício (art. 169, § 2º da LEP).

O que acontece caso o condenado não pague nem parcele a multa no prazo de 10 dias?

- Antes da Lei nº 9.268/96: se o condenado, deliberadamente, deixasse de pagar a pena de multa, ela deveria ser convertida em pena de detenção. Em outras palavras, a multa era transformada em pena privativa de liberdade.
- Atualmente: a Lei nº 9.268/96 alterou o art. 51 do CP e previu que, se a multa não for paga, ela será considerada dívida de valor e deverá ser exigida por meio de execução (não se permite mais a conversão da pena de multa em detenção).

Antes da Lei 9.268/96	Depois da Lei 9.268/96 (ATUALMENTE)
Art. 51. A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de paga-lá ou frustra a sua execução.	Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Multa permaneceu com caráter penal

Importante esclarecer que, mesmo com essa mudança feita pela Lei nº 9.268/96, a multa continua tendo caráter de sanção criminal, ou seja, permanece sendo uma pena, por força do art. 5º, XLVI, “c”, da CF/88:

Art. 5º (...)
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
c) multa;

Assim, a única coisa que a Lei nº 9.268/96 fez foi mudar a forma de cobrança da multa não paga: antes, ela virava pena de detenção; agora, deve ser cobrada por meio de execução.

Quem executa a pena de multa?

STJ: Fazenda Pública	STF: Prioritariamente: o Ministério Público Subsidiariamente: a Fazenda Pública
O STJ sempre sustentou que, como se trata de dívida de valor, a pena de multa deveria ser executada pela Fazenda Pública por meio de execução fiscal que tramita na vara de execuções fiscais. O rito a ser aplicado seria o da Lei nº 6.830/80. A execução da pena de multa ocorreria como se estivesse sendo cobrada uma multa tributária. Não se aplica a Lei nº 7.210/84 (LEP). Esse era o entendimento pacífico do STJ, tanto que foi editada uma súmula nesse sentido.	A Lei nº 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal. Diante de tal constatação, não há como retirar do MP a competência para a execução da multa penal, considerado o teor do art. 129 da CF/88, segundo o qual é função institucional do MP promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. Promover a ação penal significa conduzi-la ao longo do processo de conhecimento e de execução, ou seja, buscar a condenação e, uma vez obtida esta,

<p>Súmula 521-STJ: A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.</p>	<p>executá-la. Caso contrário, haveria uma interrupção na função do titular da ação penal.</p> <p>Ademais, o art. 164 da LEP é expresso ao reconhecer essa competência do MP. Esse dispositivo não foi revogado expressamente pela Lei nº 9.268/96.</p> <p>Vale ressaltar, entretanto que, se o titular da ação penal, mesmo intimado, não propuser a execução da multa no prazo de 90 dias, o juiz da execução criminal deverá dar ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (federal ou estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria vara de execução fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/80.</p>
<p>Quem executa: Fazenda Pública. Juízo: vara de execuções fiscais. Legislação: Lei nº 6.830/80.</p>	<p>Quem executa:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prioritariamente: o Ministério Público, na vara de execução penal, aplicando-se a LEP. • Caso o MP se mantenha inerte por mais de 90 dias após ser devidamente intimado: a Fazenda Pública irá executar, na vara de execuções fiscais, aplicando-se a Lei nº 6.830/80.

Foi o que decidiu o STF:

O Ministério Público possui legitimidade para propor a cobrança de multa decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, com a possibilidade subsidiária de cobrança pela Fazenda Pública. STF. Plenário. ADI 3150/DF, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 12 e 13/12/2018 (Info 927). STF. Plenário. AP 470/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 12 e 13/12/2018 (Info 927).

Exemplo:

João foi sentenciado por roubo e o juiz de direito (Justiça Estadual) o condenou a 4 anos de reclusão e mais 10 dias-multa no valor de meio salário mínimo cada.

Depois do trânsito em julgado, o condenado foi intimado para pagar a pena de multa no prazo de 10 dias, mas não o fez.

Diante disso, o escrivão da vara irá fazer uma certidão na qual constarão as informações sobre a condenação e o valor da multa.

- Para o STJ, o magistrado deveria remeter a certidão para Procuradoria Geral do Estado e um dos Procuradores do Estado iria ajuizar, em nome do Estado, uma execução fiscal que tramitaria na vara de execuções fiscais (não era na vara de execuções penais).

- Agora, com a decisão do STF, o magistrado deverá intimar o Ministério Público e o Parquet irá propor a execução da multa na vara de execução penal. Caso o MP, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 dias, o juiz da execução criminal deverá dar ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (federal ou estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria vara de execução fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/80.

Obs: se João tivesse sido condenado pela Justiça Federal, quem iria ingressar com a execução seria prioritariamente o MPF e, apenas subsidiariamente, a União, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN).

O que acontece com o entendimento do STJ manifestado na Súmula 521?

Está superado e a súmula deve ser cancelada. Isso porque a decisão do STF foi proferida em ação direta de inconstitucionalidade possuindo, portanto, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da CF/88).

Onde tramita a execução da pena de multa?

No juízo da execução penal.

O art. 51 do Código Penal foi alterado para deixar expressa essa competência:

CÓDIGO PENAL	
Antes da Lei 13.964/2019	ATUALMENTE
Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.	Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Com a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a Fazenda Pública ainda detém legitimidade subsidiária para executar a pena de multa (legitimidade para executar depois de 90 dias)? Esse entendimento do STF (ADI 3150/DF) ainda persiste?

SIM.

A Fazenda Pública mantém a competência subsidiária para execução da multa criminal, mesmo após a nova redação do art. 51 do Código Penal dada pela Lei n. 13.964/2019.

STJ. 5ª Turma. AgRg no RMS n. 71.735/RS, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 26/9/2023.

Quanto à execução da pena de multa, o STJ possui orientação no sentido de que, mesmo após a alteração decorrente da nova redação do art. 51 do Código Penal pela Lei 13.964/2019, a Fazenda Pública mantém a competência subsidiária para execução dos respectivos valores.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.096.590/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 15/8/2023.

INADIMPLEMENTO DA MULTA E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado a 3 anos de reclusão (pena privativa de liberdade) e a 200 dias-multa.

Após cumprir integralmente a pena privativa de liberdade, João foi solto e a defesa peticionou ao juízo requerendo a extinção da punibilidade.

O juiz extinguiu a pena privativa de liberdade pelo seu integral cumprimento; todavia, determinou que fosse oficiada a Procuradoria da Fazenda Pública para a cobrança da pena de multa e afirmou que a extinção da punibilidade só poderia ser decretada quando houvesse o pagamento do valor.

Agiu corretamente o magistrado?

De acordo com o STJ, o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?

O STJ tratou desse assunto no Tema 931 dos recursos repetitivos.

A jurisprudência do STJ passou por três etapas históricas a respeito do tema.

1ª etapa:

O STJ entendia que era possível a extinção da punibilidade mesmo sem o adimplemento da pena de multa.

Foi fixada a seguinte tese no Tema 931:

Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.519.777/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/8/2015 (Recurso Repetitivo – Tema 931).

O principal argumento era o de que a pena de multa era considerada dívida de valor e, portanto, possuía caráter extrapenal, de modo que sua execução seria de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.

2ª etapa:

O inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?

• Regra: SIM.

Se o indivíduo for condenado a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta (impede) o reconhecimento da extinção da punibilidade. Em outras palavras, somente haverá a extinção da punibilidade se, além do cumprimento da pena privativa de liberdade, houver o pagamento da multa.

• Exceção: se o condenado comprovar que não tem como pagar a multa.

Se o condenado comprovar a impossibilidade de pagar a sanção pecuniária, neste caso, será possível a extinção da punibilidade mesmo sem a quitação da multa. Bastará cumprir a pena privativa de liberdade e comprovar que não tem condições de pagar a multa.

A tese para o Tema 931 foi, então, alterada:

Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.785.383-SP e REsp 1.785.861/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgados em 24/11/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 931) (Info 720).

Por que o STJ mudou de entendimento?

Porque o STF, em dezembro de 2018, ao julgar a ADI 3150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos –, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo ela sua natureza de sanção penal.

Logo, em regra, não se pode declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal.

E a exceção criada?

O STJ, ao interpretar a decisão proferida pelo STF na ADI 3.150/DF, afirmou que ela se destina prioritariamente àqueles condenados por delitos relativos à criminalidade econômica, que possuem condições econômicas de adimplir com a satisfação da pena pecuniária, de modo que o seu não pagamento constitui deliberado descumprimento de decisão judicial e implica sensação de impunidade. Em sentido diametralmente oposto está a situação dos condenados que são social e economicamente hipossuficientes.

Se os condenados que são pobres não puderem ter extinta a punibilidade pelo fato de não pagarem a multa, isso fará com que eles fiquem privados dos direitos políticos e sem acesso ao gozo de benefícios

sociais. Em casos como esse, condicionar a extinção da punibilidade ao adimplemento da pena de multa significar agravar a situação de penúria e indigência dos apenados hipossuficientes e das pessoas próximas a ele, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social.

3ª etapa:

É o entendimento atual. É parecido com a posição adotada em novembro de 2021. A diferença está no ônus da prova da impossibilidade de pagar a multa.

- Tese fixada em novembro de 2021: o ônus de comprovar a impossibilidade de pagar a multa era do apenado.
- Tese fixada fevereiro de 2024: basta que o apenado alegue a hipossuficiência, não precisando que ele (condenado) comprove a impossibilidade de pagar.

Veja a nova tese fixada para o Tema 931 (tese atual):

O inadimplemento da pena de multa, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.090.454-SP e REsp 2.024.901-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 28/02/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 931) (Info 803).

Vejamos abaixo os principais argumentos do Min. Rogério Schietti:

Segundo a tese fixada em novembro de 2021 cabia ao condenado a comprovação da impossibilidade de adimplemento da sanção pecuniária (multa), para ver reconhecida a extinção da punibilidade.

Essa jurisprudência acabou por impor um ônus excessivo a quem, notoriamente, não possui recursos financeiros para quitar sua dívida, exigindo que faça prova nesse sentido.

A não extinção da punibilidade traz uma série de prejuízos ao condenado.

Um dos malefícios oriundos do não reconhecimento da extinção da punibilidade, quando pendente apenas o pagamento da pena de multa, está no art. 64, I, do Código Penal, que prevê: *“para efeito de reincidência: [...] não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”*.

Isso implica afirmar que o apenado que expiou, por anos, a privação de sua liberdade poderá permanecer ainda por outros longos anos sem a possibilidade de readquirir o status de pessoa não reincidente, e sem possibilidade concreta de reinserção no mercado de trabalho e na vida civil, diante da circunstância de não ter sido capaz de quitar a dívida pecuniária.

O panorama, quando encarado em perspectiva com a análise de idade e raça dos grupos de indivíduos encarcerados, notabiliza a situação de desproteção a que eles estão submetidos, mormente os jovens negros. A já acentuada disparidade socioeconômica existente entre eles e a população branca correspondente é intensamente exacerbada em decorrência dos efeitos deletérios do encarceramento, a retardar sua reinserção social.

A barreira ao reconhecimento da extinção da punibilidade dos condenados notoriamente pobres frustra fundamentalmente os fins a que se prestam a imposição e a execução das reprimendas penais, e contradiz a inferência lógica do princípio isonômico (art. 5º, caput da CF/88), segundo o qual desiguais devem ser tratados de forma desigual. Ainda nesse sentido, citou o art. 1º, da LEP, que menciona que *“a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*.

Nesse cenário, não se mostraria, portanto, compatível com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito - destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (Preâmbulo da Constituição da República) - que se perpetue uma situação de sobreposição dos condenados notoriamente incapacitados

a, já cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, solver uma dívida que, a despeito de legalmente imposta - com a incidência formal do Direito Penal - não se apresenta, no momento de sua execução, compatível com os objetivos da lei penal e da própria ideia de punição estatal.

Desse modo, a eficiente atuação do MP na cobrança da multa poderia se tornar iníqua ao não se diferenciarem situações, nas quais, por óbvio, não possui o encarcerado que acaba de cumprir sua pena privativa de Liberdade as mínimas condições de pagar seu encargo, sem prejuízo de sua própria subsistência e de seus familiares.

O Ministro Schietti afirmou que, do total de 644.305 presos no país, somente 1.798 (menos de 0,5% deles) cumprem pena pelos crimes de peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa. Desse número, ainda que somemos a estes também os condenados por outros crimes de colarinho branco (lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta etc), não se tem certamente mais do que 1% de todo o sistema penitenciário com pessoas condenadas por ilícitos penais com alguma chance de serem melhor situadas financeiramente. Na visão do relator, *“para estes, sim, deve voltar-se todo o esforço do Ministério Público para executar as penas de multas devidas, e não para quem, notoriamente, após anos de prisão, volta ao convívio social absolutamente carente de recursos financeiros e sequer com uma mínima perspectiva de amealhar recursos para pagar a dívida com o Estado”*.

Do ônus da prova da condição de pobreza do condenado

Segundo o acórdão, a comprovação da situação de hipossuficiência do condenado poderia se dar por mera declaração de pobreza (art. 99, §3º, do CPC), que goza de presunção relativa de veracidade.

Assim, de acordo com o relator, ante a alegada hipossuficiência do condenado, extinguir a punibilidade, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada e apoiada em prova constante dos autos, a indicar a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.

Evidentemente, poderá o Ministério Público desincumbir-se do ônus de ilidir a presunção de pobreza do condenado, trazendo aos autos prova de que possui ele recursos financeiros que lhe capacitam pagar a multa pendente.

Em suma, o que prevalece atualmente na jurisprudência do STJ é o seguinte:

O inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?

• Regra: SIM

Se o indivíduo for condenado a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade. Em outras palavras, somente haverá a extinção da punibilidade se, além do cumprimento da pena privativa de liberdade (ou restritiva de direitos), houver o pagamento da multa.

• Exceção: se o condenado alegar que não tem como pagar a multa a punibilidade será extinta, salvo se o Estado conseguir demonstrar que ele tem condições financeiras.

O inadimplemento da pena de multa, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.090.454-SP e REsp 2.024.901-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28/02/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 931) (Info 803).

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A constituição de família não exclui, per se, a punibilidade do crime de estupro de vulnerável

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: Carolina, então com 13 anos de idade, iniciou um “namoro” com Rogério, 20 anos de idade, relacionamento que ocorria às escondidas. A família de Carolina, quando descobriu o relacionamento, acionou o Conselho Tutelar, que tentou afastar Rogério da menina, mas eles continuaram se encontrando escondido. Em seguida, Carolina, ainda com 13 anos, apareceu grávida de Rogério. Os fatos foram levados ao conhecimento do Ministério Público, que ofereceu denúncia contra Rogério, por estupro de vulnerável.

O STJ manteve a condenação de Rogério.

A defesa pedia a absolvição baseada no fato de que houve o nascimento de uma filha. O STJ rejeitou esse argumento. O nascimento de uma filha, neste caso, é uma circunstância que torna ainda mais gravosa a conduta do agente, considerando que precocemente impõe a maternidade à vítima, cuja idade implica riscos à sua saúde física e mental, bem como subtrai-lhe a vivência da adolescência como tal e lhe obriga a tarefas e responsabilidades de uma pessoa adulta, sem ter ainda, para tanto, o necessário amadurecimento de sua constituição física e psíquica.

Ademais, a gravidez da vítima, por força de lei, aumenta a reprovabilidade da ação, atraindo até mesmo uma causa de aumento de pena (art. 234-A, III, do CP).

Vale ressaltar que existem julgados do STJ no sentido de que, em situações muito excepcionais o crime de estupro de vulnerável não deve ensejar a punição de seu autor – por razões humanitárias e de ponderação dos interesses e dos bens em conflito. Nesse sentido: REsp 1.977.165/MS (Info 777). Contudo, esse não é o caso dos autos porque há registro de que o relacionamento não subsiste e que não houve concordância dos pais.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 849.912/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/2/2024 (Info 803).

PRATICAR SEXO COM MENOR DE 14 ANOS É CRIME

A Lei nº 12.015/2009 acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, criando um novo delito, chamado de “estupro de vulnerável”:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Antes do art. 217-A, ou seja, antes da Lei nº 12.015/2009, as condutas de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos já eram consideradas crimes?

SIM. Tais condutas poderiam se enquadrar nos crimes previstos no art. 213 c/c art. 224, “a” (estupro com violência presumida por ser menor de 14 anos) ou art. 214 c/c art. 224, “a” (atentado violento ao pudor com violência presumida por ser menor de 14 anos), todos do Código Penal, com redação anterior à Lei nº 12.015/2009.

Desse modo, apesar de os arts. 213, 214 e 224 do CP terem sido revogados pela Lei nº 12.015/2009, não houve *abolitio criminis* dessas condutas, ou seja, continua sendo crime praticar estupro ou ato libidinoso com menor de 14 anos. No entanto, essas condutas, agora, são punidas pelo art. 217-A do CP. O que houve, portanto, foi a continuidade normativa típica, que ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário.

Antes da Lei nº 12.015/2009, se o agente praticasse atentado violento ao pudor (ex: coito anal) com um adolescente de 13 anos, haveria crime mesmo que a vítima consentisse (concordasse) com o ato sexual? Haveria crime mesmo que a vítima já tivesse tido outras relações sexuais com outros parceiros anteriormente? Essa presunção de violência era absoluta?

SIM. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea “a”, do CP (antes da Lei nº 12.015/2009), possuía caráter absoluto, pois constituía critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual.

Assim, essa presunção absoluta não podia ser afastada (relativizada) mesmo que a vítima tivesse dado seu “consentimento” porque nesta idade este consentimento seria viciado (inválido). Logo, mesmo que a vítima tivesse experiência sexual anterior, mesmo que fosse namorado do autor do fato, ainda assim haveria o crime.

A presunção de violência era absoluta nos casos de estupro/atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos. Nesse sentido: STJ. 3ª Seção. EREsp 1152864/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/02/2014.

E, atualmente, ou seja, após a Lei n.º 12.015/2009?

Continua sendo crime praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menor de 14 anos. Isso está expresso no art. 217-A do CP e não interessa se a vítima deu consentimento, se namorava o autor do fato etc. A discussão sobre presunção de violência perdeu sentido porque agora a lei incluiu a idade (menor de 14 anos) no próprio tipo penal. Manteve relação sexual com menor de 14 anos: estupro de vulnerável.

A Lei nº 12.015/2009 acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, criando um novo delito, chamado de “estupro de vulnerável”:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

A fim de que não houvesse mais dúvidas sobre o tema, o STJ pacificou a questão editando a Súmula 593. O Congresso Nacional decidiu incorporar na legislação esse entendimento e acrescentou o § 5º ao art. 217-A do CP repetindo, em parte, a conclusão da súmula e estendendo o mesmo raciocínio para outras espécies de pessoa vulnerável. Veja:

Art. 217-A. (...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Inserido pela Lei nº 13.718/2018)

Em algumas localidades do país (ex: determinadas comunidades do interior), seria possível dizer que não há crime, considerando que é costume a prática de atos sexuais com crianças? É possível excluir o crime de estupro de vulnerável com base no princípio da adequação social?

NÃO. Segundo afirmou o Min. Rogério Schietti, a prática sexual envolvendo menores de 14 anos não pode ser considerada como algo dentro da “normalidade social”. Não é correto imaginar que o Direito Penal deva se adaptar a todos os inúmeros costumes de cada uma das microrregiões do país, sob pena de se criar um verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas.

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado, que é o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes. Esse bem jurídico goza de proteção constitucional e legal, não estando sujeito a relativizações.

Na sentença, durante a dosimetria, o juiz pode reduzir a pena-base do réu alegando que a vítima (menor de 14 anos) já tinha experiência sexual anterior ou argumentando que a vítima era homossexual?

Claro que NÃO.

Em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima.

A experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido, assim como não desnaturam (descaracterizam) o crime sexual praticado contra menor de 14 anos, não servem também para justificar a diminuição da pena-base, a título de comportamento da vítima.

STJ. 6ª Turma. REsp 897.734-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 3/2/2015 (Info 555).

As conclusões acima expostas foram consolidadas pelo STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI (Tema 918) e na Súmula 593:

Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

O que acontece se um garoto de 13 anos praticar sexo consensual com a sua namorada de 12 anos?

Haverá o que a doutrina denomina de estupro bilateral. Assim, ocorre o “estupro bilateral” quando dois menores de 14 anos praticam conjunção carnal ou outro ato libidinoso entre si. Em outras palavras, tanto o garoto como a garota, neste exemplo, serão autores e vítimas, ao mesmo tempo, de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Em que consiste a chamada “exceção de Romeu e Julieta”?

Trata-se de uma tese defensiva segundo a qual se o agente praticasse sexo consensual (conjunção carnal ou ato libidinoso) com uma pessoa menor de 14 anos, não deveria ser condenado se a diferença entre o agente e a vítima não fosse superior a 5 anos. Ex: Lucas, 18 anos e 1 dia, pratica sexo com sua namorada de 13 anos e 8 meses. Pela “exceção de Romeu e Julieta” Lucas não deveria ser condenado por estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

A teoria recebe esse nome por inspiração da peça de Willian Shakespeare na qual Julieta, com 13 anos, mantém relação sexual com Romeu. Assim, Romeu, em tese, teria praticado estupro de vulnerável.

A “exceção de Romeu e Julieta”, em regra, não é aceita pela jurisprudência, ou seja, mesmo que a diferença entre autor e vítima seja menor que 5 anos, mesmo que o sexo seja consensual e mesmo que eles sejam namorados, em regra, há crime.

EXPLICAÇÃO DO CASO JULGADO PELO STJ

Imagine a seguinte situação adaptada:

Carolina, então com 13 anos de idade, iniciou um “namoro” com Rogério, 20 anos de idade, relacionamento que ocorria às escondidas.

A família de Carolina, quando descobriu o relacionamento, acionou o Conselho Tutelar, que tentou afastar Rogério da menina, mas eles continuaram se encontrando escondido.

Em seguida, Carolina, ainda com 13 anos, apareceu grávida de Rogério.

Os fatos foram levados ao conhecimento do Ministério Público, que ofereceu denúncia contra Rogério, por estupro de vulnerável.

No curso da instrução, Carolina foi ouvida e, em juízo, confirmou os fatos narrados, dizendo que, antes de completar 14 anos, teve entre 6 e 8 relações sexuais com Rogério.

Afirmou que sua família não tinha conhecimento do “namoro”, que ocorria às escondidas, sendo certo que, quando descobrirem, o relacionamento não foi aceito.

Ao final da instrução, sobreveio sentença absolvendo o acusado.

Sentença absolutória

De acordo com o magistrado, a vítima “já era adolescente e tinha consciência de sua conduta”, o que conduziu ao afastamento da “violência presumida”.

Na sua visão, a imposição de punição ao réu por crime de tamanha gravidade seria inclusive prejudicial à vítima e à família com ela formada, que ficaria sem seu provedor financeiro, sendo acolhida, assim, a tese absolutória também com fulcro em uma harmonia entre o Direito Penal e as normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem a liberdade sexual e protegem a família.

O Tribunal de Justiça, contudo, reformou a sentença, condenando o réu.

A defesa impetrou, então, habeas corpus no STJ argumentando que “a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado”. Ressaltou que eles “eram namorados na época e que o relacionamento culminou na efetiva constituição de núcleo familiar, com o nascimento de uma filha”.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

NÃO.

Art. 217-A, do CP: presunção absoluta de violência

O STJ, no julgamento do REsp Repetitivo 1.480.881/PI, consolidou o entendimento no sentido de que é absoluta a violência em casos de prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

Na ocasião, a Tese firmada foi a seguinte: “Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”.

A matéria foi, inclusive, sumulada no teor do Enunciado n. 593 do STJ, in verbis: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Desse modo, há mais de sete anos, o STJ vem decidindo não relativizar a presunção de vulnerabilidade das vítimas desse delito, como já foi praxe no passado.

O entendimento é tão incontroverso que, em 2018, foi editada a Lei nº 13.718, que acrescentou o § 5º no art. 217-A do Código Penal prevendo o seguinte:

Art. 217-A (...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Caso concreto

No habeas corpus a defesa tenta repristinar uma antiga jurisprudência, que delegava ao juiz a avaliação subjetiva – porque não amparada em nenhum dado científico ou documentalmente comprovado – sobre a vulnerabilidade da vítima, tomando como referência o seu comportamento no evento criminoso imputado a quem com ela manteve conjunção carnal, ciente de sua idade inferior a 14 anos.

Assim, as alegações defensivas apresentam o nítido propósito de se voltar a tempos em que todo processo por estupro de vulnerável acabava por julgar não a conduta do acusado da conduta delitiva, mas a vítima, para aferir se ela, pela sua maturidade, por sua experiência sexual anterior, pelo tipo de relacionamento que mantinha com o acusado ou pela existência de consentimento ao ato sexual, era merecedora de proteção jurídico-penal ou não.

Nas exatas palavras do Min. Rogério Schietti, “os que se recordam desse tempo bem sabem o grau de insegurança jurídica que essa jurisprudência produzia, pois induzia todo tipo de argumentação, pelo acusado, para demonstrar que a vítima não era concretamente vulnerável”.

No caso concreto, ficou comprovado que o réu praticou, por diversas vezes, conjunção carnal com a vítima, que tinha 13 anos à época dos fatos, o que ocasionou, inclusive, a sua gravidez e o nascimento de uma filha.

Ausência de consentimento da vítima

Praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e uma criança ou adolescente e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional. Não há vontade válida da vítima em tais casos, quer para consentir livremente o ato sexual, quer para, posteriormente, decidir se o réu deve ou não ser processado.

Ademais, a ação penal é pública incondicionada, não demanda representação ou nenhuma manifestação da vítima para seguir seu iter até a sentença definitiva.

O réu praticou o delito reiteradas vezes, apesar de haver sido repreendido pelos pais da garota e pelo próprio Conselho Tutelar, circunstância deliberadamente ignorada por ele.

Nascimento de criança – circunstância que torna mais gravosa a conduta

Quanto à circunstância de que houve o nascimento de uma filha, o relator consignou que “parece-me que tal fato torna ainda mais gravosa a conduta do agente, porquanto precocemente impõe a maternidade à vítima, cuja idade implica riscos à sua saúde física e mental, bem como subtrai-lhe a vivência da adolescência como tal e lhe adjudica tarefas e responsabilidades de uma pessoa adulta, sem ter ainda, para tanto, o necessário amadurecimento de sua constituição física e psíquica”.

Ademais, a gravidez da vítima, por força de lei, incrementa a reprovabilidade da ação, atraindo até mesmo uma causa de aumento de pena (art. 234-A, III, do CP):

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

(...)

III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez; (Redação dada pela Lei 13.718/2018)

Constituição de família

Vale ressaltar que existem julgados do STJ no sentido de que, em situações muito excepcionais o crime de estupro de vulnerável não deve ensejar a punição de seu autor – por razões humanitárias e de ponderação dos interesses e dos bens em conflito. Nesse sentido:

Admite-se o *distinguishing* quanto ao Tema 918/STJ (REsp 1.480.881/PI), na hipótese em que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma (o réu possuía 19 anos de idade, ao passo que a vítima contava com 12 anos de idade), bem como há concordância dos pais da menor somado a vontade da vítima de conviver com o réu e o nascimento do filho do casal, o qual foi registrado pelo genitor.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.165/MS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), Rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2023 (Info 777).

Contudo, esse não é o caso dos autos porque há registro de que o relacionamento não subsiste e que não houve concordância dos pais.

Em suma:

A constituição de família não exclui, *per se*, a punibilidade do crime de estupro de vulnerável.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 849.912/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/2/2024 (Info 803).

LEI MARIA DA PENHA

Para aplicar-se a Lei Maria da Penha, não se exige demonstração de hipossuficiência ou de vulnerabilidade da mulher agredida

Importante!!!

ODS 8 E 16

A orientação mais condizente com o espírito da Lei nº 11.340/2006 é no sentido de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher são presumidas, sendo desnecessária a demonstração da motivação de gênero para que incida o sistema protetivo da Lei Maria da Penha e a competência da vara especializada.

É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.080.317-GO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 4/3/2024 (Info 803).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina morava em casa com sua mãe e seu irmão Wagner.

Determinado dia, Wagner chegou embriagado em casa e passou a agredir a irmã, desferindo socos contra as suas costas.

A mãe de Regina chamou a polícia e Wagner foi preso em flagrante.

Concluído o inquérito policial, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de Wagner, pela prática do crime descrito art. 129, §9º Código Penal, na forma dos arts. 5º e 7º, da Lei nº 11.340/2006:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

(...)

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Conflito de competência: vara da violência doméstica x vara criminal comum

Os autos foram distribuídos ao Juizado da Violência Doméstica da Comarca que se declarou incompetente para processar e julgar o feito e declinou a competência para um dos Juízos da vara criminal comum.

O magistrado da vara de violência doméstica alegou não se tratar de caso relacionado com a Lei Maria da Penha porque, embora a vítima fosse do sexo feminino, a violência teria sido desencadeada em conflito familiar, entre irmãos, sem vulnerabilidade decorrente da perspectiva de gênero.

Os autos foram redistribuídos ao Juízo da 4ª Vara Criminal que suscitou conflito negativo de competência por entender que os fatos se amoldam sim ao crime descrito no art. 129, §9º, do CP, na forma dos arts. 5º e 7º, ambos da Lei nº 11.340/2006, razão pela qual a competência seria da Vara de Violência Doméstica.

TJ entendeu que era vara criminal comum porque não ficou provada a vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher

O Tribunal de Justiça decidiu que a competência seria da vara criminal comum, sob o fundamento de que não teria sido constatada relação de dominação ou poder do acusado sobre a vítima, o que afastaria, por conseguinte, a motivação de gênero na ação delituosa.

Agiu corretamente o Tribunal de Justiça?

NÃO.

Presunção de vulnerabilidade, hipossuficiência ou fragilidade da mulher agredida

Para aplicar-se a Lei Maria da Penha, NÃO se exige demonstração de hipossuficiência ou de vulnerabilidade da mulher agredida.

A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, nas circunstâncias descritas pela Lei nº 11.340/2006, se revela *ipso facto*, ou seja, pelo simples fato de estar previsto na Lei.

O STJ entende ser presumida, pela Lei nº 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar:

(...) 9. O Superior Tribunal de Justiça entende ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir. (...)

STJ. Corte Especial. AgRg na MPUMP n. 6/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/5/2022.

Jurisprudência em Teses (Ed. 209):

6) A vulnerabilidade, hipossuficiência ou fragilidade da mulher têm-se como presumidas nas circunstâncias descritas na Lei nº 11.340/2006.

Para a incidência da Lei Maria da Penha, é necessário que a violência doméstica e familiar contra a mulher decorra:

- a) de ação ou omissão baseada no gênero;
- b) no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto; tendo como consequência:
- c) morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral ou patrimonial.

Desse modo, presume-se de forma absoluta a hipossuficiência da mulher, exigindo que o Estado ofereça proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente.

Em nenhum momento o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração, no caso concreto, da hipossuficiência ou subjugação da mulher.

O novel art. 40-A da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

Nesse mesmo sentido, recentemente, a Lei nº 14.550/2023 inseriu o art. 40-A na Lei Maria da Penha prevendo que:

Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida.

Esse dispositivo legal vem para positivar o entendimento jurisprudencial acerca da presunção de vulnerabilidade da mulher.

Extrai-se do art. 40-A que, se o caso concreto se enquadrar em qualquer das situações previstas no art. 5º, a Lei Maria da Penha será aplicada, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida (vulnerabilidade presumida).

Para ilustrar o sentido e a aplicação do art. 40-A, imagine o caso do agente que pratica violência doméstica e familiar contra mulher e, em sua defesa, alega que a Lei Maria da Penha não deveria ser aplicada porque a condição física, intelectual e financeira da vítima são aptas a descaracterizar sua hipossuficiência e vulnerabilidade. Tal argumento não prosperará por força do aludido art. 40-A, que torna desnecessária a análise das condições da vítima e motivação dos atos de violência.

É possível afirmar que, após o advento da Lei nº 14.550/2023, a presunção de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher deixou de ser mera interpretação judicial da Lei Maria da Penha e se tornou interpretação autêntica?

SIM. Conforme demonstrado, até o advento da Lei nº 14.550/2023, o STJ já vinha entendendo pela presunção de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher nos casos de violência doméstica e familiar. Tratava-se de mera interpretação judicial (jurisprudencial) do art. 5º da Lei Maria da Penha. Com o advento da Lei nº 14.550/2023, o novel art. 40-A explicitou a forma como o art. 5º da Lei Maria da Penha deve ser interpretado (interpretação autêntica ou legislativa).

E se a vítima for figura pública renomada, é possível afastar a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher sob o fundamento de não existir situação de vulnerabilidade e de hipossuficiência?

NÃO. Conforme explicado, a incidência da Lei Maria da Penha NÃO exige demonstração de hipossuficiência ou de vulnerabilidade da mulher agredida. Nesse sentido:

O fato de a vítima ser figura pública renomada não afasta a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar o delito. Isso porque a situação de vulnerabilidade e de hipossuficiência da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, revela-se *ipso facto*, sendo irrelevante a sua condição pessoal para a aplicação da Lei Maria da Penha. Trata-se de uma presunção da Lei.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.416.580-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 1º/4/2014 (Info 539).

Para fins de fixação da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é desnecessário demonstrar a vulnerabilidade da mulher, eis que presumida. Mas e para o deferimento de medidas protetivas de urgência em favor da mulher, essa presunção de vulnerabilidade também é válida?

SIM. À luz da jurisprudência do STJ, é desnecessária a demonstração de subjugação feminina para o deferimento de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Nesse sentido: STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.643.237/GO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 21/9/2021.

Voltando ao caso concreto:

Assim, no contexto em que o irmão, “segundo as declarações da ofendida, atacou-a pelas costas com socos, enquanto ela lavava louça e, depois, apossou-se de uma faca com a intenção de feri-la”, denota-se existir situação de violência doméstica e familiar contra a mulher a ser apurada no caso, apta a justificar a incidência do diploma protetivo pertinente e a competência da vara especializada, nos termos do art. 5º, I e II, da Lei nº 11.340/2006.

Em suma:

A orientação mais condizente com o espírito da Lei nº 11.340/2006 é no sentido de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher são presumidas, sendo desnecessária a demonstração da motivação de gênero para que incida o sistema protetivo da Lei Maria da Penha e a competência da vara especializada. STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.080.317-GO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 4/3/2024 (Info 803).

DOD PLUS – SITUAÇÕES EM QUE É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA:

VIOLÊNCIA PRATICADA POR...	É POSSÍVEL?
FILHO CONTRA A MÃE A Lei Maria da Penha aplica-se também nas relações de parentesco.	SIM HC 290.650/MS
NETO CONTRA AVÓ	SIM AgRg no AREsp 1.626.825/GO
FILHA CONTRA A MÃE Relembrando que o agressor pode ser também mulher.	SIM HC 277.561/AL
PAI CONTRA A FILHA	SIM HC 178.751/RS
IRMÃO CONTRA IRMÃ Obs.: ainda que não morem sob o mesmo teto.	SIM REsp 1239850/DF
GENRO CONTRA SOGRA	SIM HC 310154/RS
NORA CONTRA A SOGRA Desde que estejam presentes os requisitos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade. Ausentes, não se aplica.	SIM HC 175.816/RS
COMPANHEIRO DA MÃE ("PADRASTO") CONTRA A ENTEADA Obs.: a agressão foi motivada por discussão envolvendo o relacionamento amoroso que o agressor possuía com a mãe da vítima (relação íntima de afeto).	SIM RHC 42.092/RJ
TIA CONTRA SOBRINHA A tia possuía, inclusive, a guarda da criança (do sexo feminino), que tinha 4 anos.	SIM HC 250.435/RJ
EX-NAMORADO CONTRA A EX-NAMORADA Vale ressaltar, porém, que não é qualquer namoro que se enquadra na Lei Maria da Penha. Se o vínculo é eventual, efêmero, não incide a Lei 11.340/06 (CC 91.979-MG).	SIM HC 182.411/RS
FILHO CONTRA PAI IDOSO O sujeito passivo (vítima) não pode ser do sexo masculino.	NÃO RHC 51.481/SC

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

A mera inobservância do procedimento de cadeia de custódia previsto CPP não acarreta, automaticamente, a imprestabilidade das provas colhidas; a consequência processual dependerá da análise do caso concreto

Importante!!!

ODS 16

A quebra da cadeia de custódia, em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, que resulte na impossibilidade de se distinguir, com segurança, se a reconhecida inconsistência de parte da perícia, relativa a natureza entorpecente do material apreendido, referia-se às substâncias apreendidas por ocasião da busca pessoal ou das provas declaradas ilícitas por desrespeito à inviolabilidade domiciliar, acarreta a absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.024.992-SP, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

O que é cadeia de custódia?

O legislador conceituou o instituto nos seguintes termos:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei 13.964/2019)

A cadeia de custódia da prova consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência indevida durante esse trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (STJ. 5ª Turma. RHC 77.836/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/02/2019).

Início da cadeia de custódia

O início da cadeia de custódia se dá:

- com a preservação do local de crime ou
- com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

Etapas da cadeia de custódia

A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Coleta dos vestígios: preferencialmente por perito oficial

A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

Todos os vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados na forma do CPP, ficando o órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

Recipiente para acondicionamento do vestígio

O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Central de custódia

Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Imagine agora a seguinte situação adaptada:

Policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram João aparentando nervosismo dentro do carro. Decidiram então fazer uma busca pessoal no suspeito, que estava em via pública. Com ele encontraram 8 “buchas” de maconha no peso total de 4 gramas.

Na abordagem, de acordo com os policiais, João confessou ter mais drogas em sua residência, razão pela qual se dirigiram ao endereço do suspeito.

Quando ali chegaram, encontraram mais 02 “torrões” de maconha, 02 porções de maconha e 02 duas metades de tijolos de maconha e 01 saco plástico contendo matéria-prima, insumo ou produto-químico destinado à preparação de drogas, com peso líquido total de 730 gramas.

Durante a apreensão, as drogas apreendidas com João na busca pessoal e as encontradas no interior de sua casa foram armazenadas juntas em um único lacre.

Na fase de inquérito policial, foram analisadas cinco porções diferentes das drogas apreendidas em poder do réu. Contudo, houve divergência entre os laudos provisório e o definitivo quando da análise pericial. O laudo provisório apontou que determinada substância seria maconha e o segundo concluiu que seria cocaína.

Além disso, no laudo definitivo registrou que todas as substâncias foram acondicionadas juntas sob o mesmo lacre.

João foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006).

Sobreveio sentença para condenar o réu à pena de 5 anos, em regime inicial fechado.

Após apelação, o tribunal de origem manteve a condenação.

Recurso especial

O réu interpôs recurso especial alegando que:

- 1) não houve consentimento do morador para que fosse realizada a busca dentro de sua residência nem havia fundadas razões que justificassem o ingresso dos policiais em seu domicílio;
- 2) houve quebra da cadeia de custódia, diante evidente mistura das drogas apreendidas no mesmo lacre, de modo que não seria possível distinguir se as substâncias em relação às quais a perícia foi inconsistente, seriam as drogas apreendidas na residência do recorrente ou durante a busca pessoal.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

A alegação de que o suspeito confessou informalmente que havia mais drogas em sua casa e permitiu que os policiais entrassem é válida para se considerar justificada a entrada no domicílio?

NÃO.

O STJ entende que é inverossímil (improvável, inacreditável) que o indivíduo confesse informalmente para os policiais que ele armazena drogas no interior de sua casa e que, em seguida, autoriza a entrada dos policiais no imóvel. Nesse sentido:

As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a namorada do réu haveria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu domicílio, franqueando àqueles a apreensão de objetos ilícitos e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 724.231/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 29/03/2022.

Essa Turma coleciona julgados no sentido de que a autorização para a entrada de policiais em domicílio sem mandado judicial necessita de comprovação da efetiva autorização e de sua voluntariedade, ônus probatório esse a cargo do Estado acusador, o que não ocorreu no caso em tela, em que o agravado, que alegadamente autorizou a entrada, afirmou em juízo não ter permitido o ingresso dos milicianos e ter sido surpreendido com eles já dentro da residência, armados e agressivos.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 723.516/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2/8/2022.

A 6ª Turma do STJ, no julgamento do HC 598.051/SP, decidiu que o consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. Foram estabelecidos parâmetros para que essa autorização seja concedida:

- 1) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.
- 2) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.
- 3) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.
- 4) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.
- 5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

STJ. 6ª Turma HC 598051/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/03/2021 (Info 687).

Primeira conclusão:

É inverossímil a suposta confissão informal do réu sobre armazenamento de drogas no interior do imóvel, seguida de autorização para ingresso dos policiais, quando não há comprovação do consentimento do morador.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.024.992-SP, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

O fato de o tráfico de drogas ser um crime permanente não faria com que esse ingresso forçado na casa fosse válido, considerando que estaria havendo flagrante delito na modalidade “armazenar”?

NÃO.

Mesmo o tráfico de drogas sendo crime permanente, é necessário que, no caso concreto, haja fundadas razões de que está sendo praticado o delito na residência para se permitir o ingresso. Se não havia fundadas razões e mesmo assim os policiais entraram sem autorização, o ingresso será ilícito ainda que se descubra posteriormente que existia droga na casa. Nesse sentido:

Nos crimes permanentes, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a

demonstração de indícios mínimos de que naquele momento, dentro da residência, haveria situação de flagrante delito.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.512.826/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/02/2020.

O fato de o suspeito ter sido preso com droga em via pública não autoriza automaticamente o ingresso dos policiais em sua casa para procurar mais entorpecente?

NÃO.

A apreensão de drogas em poder do suspeito submetido a busca pessoal não autoriza o ingresso em domicílio sem prévio mandado judicial, especialmente por estar o réu em custódia - ainda que momentânea - do aparato policial, circunstância que torna inviável sua atuação no sentido de embarçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.994.151/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022.

A apreensão de uma porção de cocaína em poder do Réu, ainda que pudesse indicar que ele estivesse efetivamente realizando o tráfico no local, não autoriza, por si só, a conclusão de que mais drogas estariam armazenadas, naquele momento, em sua residência, a ponto de justificar a relativização da proteção constitucional do domicílio.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.961.428/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/06/2022.

Voltando ao caso concreto:

Diante do exposto, o STJ declarou a nulidade de todas as provas obtidas na residência do acusado, inclusive da droga ali apreendida.

Vale ressaltar, contudo, que parte da droga foi encontrada com João em seu poder, em via pública. Por isso, é necessário analisar a alegação da defesa de que houve quebra na cadeia de custódia e que, portanto, como as drogas foram todas misturadas em um único saco, o suposto entorpecente encontrado em poder do réu também não poderia ser usado como prova.

O que decidiu o STJ? Houve quebra da cadeia de custódia, diante da mistura das drogas apreendidas?

SIM.

No caso concreto, não foi respeitada a norma prevista no art. 158-D, § 1º, do CPP, segundo a qual:

Art. 158-D (...)

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, não é possível comprovar, com segurança, a natureza entorpecente das substâncias encontradas na posse do agente, quando de sua abordagem em via pública, de forma que o acusado deve ser absolvido por falta de materialidade delitiva (art. 386, II, do CPP).

Segunda conclusão:

A quebra da cadeia de custódia, em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, que resulte na impossibilidade de se distinguir, com segurança, se a reconhecida inconsistência de parte da perícia, relativa a natureza entorpecente do material apreendido, referia-se às substâncias apreendidas por ocasião da busca pessoal ou das provas declaradas ilícitas por desrespeito à inviolabilidade domiciliar, acarreta a absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.024.992-SP, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

O simples fato de se ter descumprido o § 1º do art. 158-D do CPP é motivo suficiente para se declarar a nulidade das provas?

NÃO.

A mera inobservância do procedimento descrito no art. 158-D, § 1º, do CPP não acarreta, automaticamente, a imprestabilidade das provas colhidas.

A orientação do STJ é no sentido de que a consequência processual concreta de eventual desconformidade com as regras previstas no Código de Processo Penal para as etapas de rastreamento dos vestígios (158-A a 158-F) dependerá do cotejo com os demais elementos de prova constantes dos autos. Nesse sentido:

As irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável.

STJ. 6ª Turma. HC 653515-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Acđ. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021 (Info 720).

Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado.

A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.

STJ. 6ª Turma. HC 653.515/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021.

No caso concreto, houve a nulidade porque a quebra da cadeia de custódia resultou na impossibilidade de se distinguir, com segurança, se a inconsistência da perícia referia-se às substâncias apreendidas por ocasião da busca pessoal ou do ingresso domiciliar.

EXECUÇÃO PENAL

O inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos?

Importante!!!

Atualize o Info 720-STJ

Regra: se o indivíduo for condenado a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade. Em outras palavras, somente haverá a extinção da punibilidade se, além do cumprimento da pena privativa de liberdade (ou restritiva de direitos), houver o pagamento da multa.

Exceção: se o condenado alegar que não tem como pagar a multa a punibilidade será extinta, salvo se o Estado conseguir demonstrar que ele tem condições financeiras.

O inadimplemento da pena de multa, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.090.454-SP e REsp 2.024.901-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28/02/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 931) (Info 803).

Veja comentários em Direito Penal.

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ

O montante, antes utilizado para as deduções de IRPJ e CSLL e, posteriormente, objeto de repetição de indébito, compõe as bases de cálculo desses tributos, por constituir acréscimo patrimonial

ODS 16

Caso hipotético: a indústria de alimentos Alfa Ltda pagou diversos tributos federais. Posteriormente, constatou que parte desses tributos foram pagos indevidamente.

Diante disso, a Alfa ajuizou ação de repetição de indébito pedindo a restituição desses valores. Anos depois, o pedido de restituição foi julgado procedente determinando que a Alfa teria direito a R\$ 600 mil. A sentença transitou em julgado.

Entretanto, ao receber essa restituição, a empresa se deparou com uma nova questão: a Receita Federal afirmou que esses valores deveriam ser considerados como receita e exigiu que a Alfa pagasse IRPJ e CSLL.

A Receita Federal argumentou o seguinte: quando a empresa pagou IRPJ e CSLL anos atrás, ela, baseada no regime do lucro real, deduziu esses R\$ 600 mil da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Agora, esses R\$ 600 mil, que no passado eram despesas, voltaram para os cofres da empresa como receita, de forma que ela terá que pagar IRPJ e CSLL.

Foi invocado o art. 1º do Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 25/2003: “Os valores restituídos a título de tributo pago indevidamente serão tributados pelo Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), se, em períodos anteriores, tiverem sido computados como despesas dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL”.

O STJ concordou com o Fisco. Ao recompor o patrimônio da pessoa jurídica, o montante, antes utilizado para as deduções de IRPJ e CSLL e, posteriormente, objeto de repetição de indébito, compõe as bases de cálculo desses tributos por constituir acréscimo patrimonial.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.516.593-PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 6/2/2024 (Info 803).

IRPJ

IRPJ é a sigla para Imposto de Renda de Pessoa Jurídica.

A base de cálculo do IRPJ é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis (art. 44 do CTN).

Em outras palavras, a base de cálculo do IRPJ é o lucro (real, presumido ou arbitrado) correspondente ao período de apuração.

Conforme mencionado acima, existem três formas de tributação das pessoas jurídicas:

- a) Lucro real;
- b) Lucro presumido;
- c) Lucro arbitrado.

Lucro real

O cálculo do IRPJ devido é feito pela aplicação da alíquota sobre o “lucro líquido” da empresa (e não sobre um percentual presumido do faturamento).

A principal vantagem do lucro real é que nele a empresa poderá descontar do valor de lucro as despesas que teve com a atividade produtiva. Assim, o tributo é pago com base no lucro real do negócio (receitas menos despesas), com os ajustes previstos em lei.

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2015, a indústria de alimentos Alfa Ltda pagou diversos tributos federais.

Posteriormente, após análise mais detalhada da legislação e de sua situação fiscal específica, a empresa constatou que parte desses tributos foram pagos indevidamente.

Assim, a Alfa ajuizou ação de repetição de indébito pedindo a restituição desses valores.

Em 2023, o pedido de restituição foi julgado procedente determinando que a Alfa teria direito a R\$ 600 mil. A sentença transitou em julgado.

Entretanto, ao receber essa restituição, a empresa se deparou com uma nova questão: a Receita Federal afirmou que esses valores deveriam ser considerados como receita e exigiu que a Alfa pagasse Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

A Receita Federal argumentou o seguinte: quando a empresa pagou IRPJ e CSLL em 2015 ela, baseada no regime do lucro real, deduziu esses R\$ 600 mil da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Em 2015, a empresa disse o seguinte: eu paguei R\$ 600 mil de tributos federais; logo, vou descontar esse valor do quanto eu tenho que pagar de imposto de renda já que eu recolho com base no lucro real (receitas menos despesas). O Fisco argumentou: agora, em 2023, esses R\$ 600 mil, que no passado eram despesas, voltaram para os cofres da empresa como receita, de forma que ela terá que pagar IRPJ e CSLL.

Foi invocado o art. 1º do Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 25/2003: “Os valores restituídos a título de tributo pago indevidamente serão tributados pelo Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), se, em períodos anteriores, tiverem sido computados como despesas dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL”.

A empresa impetrou mandado de segurança pedindo para afastar a exigência do IRPJ e CSLL sobre os valores de tributos restituídos ou compensados. Argumentou que a restituição não é receita, não podendo ser adicionada à base de cálculo do IR e da CSLL, de forma que o Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 25/2003 é ilegal.

Além disso, a empresa alegou que o Fisco, ao adotar essa interpretação, fez o lançamento tributário do IRPJ e da CSLL mesmo após o prazo decadencial.

Para o STJ, agiu corretamente a Receita Federal?

SIM. Como vimos acima, o art. 1º do Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 25/2003 dispõe que: “Os valores restituídos a título de tributo pago indevidamente serão tributados pelo Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), se, em períodos anteriores, tiverem sido computados como despesas dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL”. Em primeiro lugar, ressalte-se que não há ilegalidade em restaurar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL com o valor restituído e que tinha sido usado para deduções. Isso porque o evento que ensejou o abatimento (pagamento de tributo) não mais existe já que o pedido na ação de restituição foi julgado procedente. Em outras palavras, a “despesa” que existiu com o pagamento dos tributos (R\$ 600 mil) deixou de existir (deixou de ser uma despesa já que o dinheiro voltou).

Assim, ao recompor o patrimônio da pessoa jurídica, a soma antes utilizada para as deduções de IRPJ e CSLL e, posteriormente, objeto de repetição de indébito deve, indiscutivelmente, compor as bases de cálculo desses tributos por constituir **acréscimo patrimonial**, considerado o patrimônio preexistente, exatamente o relativo ao momento das deduções.

Vale ressaltar, ainda, que essa interpretação adotada pelo Fisco não representa burla ao prazo decadencial, porque a disponibilidade dos valores ocorre com a efetiva recomposição do patrimônio. Em outras palavras, somente na data do recebimento da restituição foi que se iniciou o prazo decadencial para a constituição do IRPJ e da CSLL.

Em suma:

O montante, antes utilizado para as deduções de IRPJ e CSLL e, posteriormente, objeto de repetição de indébito, compõe as bases de cálculo desses tributos, por constituir acréscimo patrimonial.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.516.593-PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 6/2/2024 (Info 803).

DOD PLUS – NÃO CONFUNDIR

O julgado acima explicado trata da incidência do IRPJ e da CSLL sobre os tributos em si e especificamente no regime do lucro real. É uma situação diferente daquilo que o STF decidiu no Tema 962 no qual se assentou que é inconstitucional a cobrança do IRPJ e da CSLL sobre a taxa Selic na repetição do indébito:

Os valores relativos à taxa Selic recebidos pelo contribuinte na repetição de indébito tributário não compõem a base de incidência do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) ou da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

STF. Plenário. RE 1063187/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/9/2021 (Repercussão Geral – Tema 962) (Info 1031).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PREVIDÊNCIA PRIVADA

O espólio faz jus ao recebimento dos valores revertidos pela entidade fechada de previdência complementar, após a morte da beneficiária, por força dos superávits apurados nos exercícios anteriores a sua morte

ODS 16

A reserva especial é constituída pelo que excede ao necessário para a garantia dos benefícios contratados. Como excede o necessário ao pagamento dos benefícios, considera-se que fica descaracterizada a sua natureza previdenciária.

Esse valor excedente deve ser devolvido aos que efetivamente contribuíram para o plano e na proporção do quanto contribuíram para a sua formação, em respeito ao seu direito acumulado.

O direito à reversão dos valores correspondentes à reserva especial se incorpora, gradualmente, ao patrimônio jurídico de quem contribuiu para o resultado superavitário, à medida em que há o decurso do tempo e se concretizam as demais exigências para a sua aquisição plena.

Se a assistida – agora falecida – contribuiu para o superávit apurado e para a formação da reserva especial correspondente, faz jus, em respeito ao seu direito acumulado, à devolução, agora para o seu espólio, da fração que lhe correspondia dos valores efetivamente revertidos aos participantes/assistidos e ao patrocinador, após a revisão obrigatória do plano de benefícios aprovada pela Previc.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.013.177-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

Entidades de previdência privada

Existem duas espécies de entidade de previdência privada (entidade de previdência complementar): as entidades de previdência privada abertas e as fechadas.

ABERTAS (EAPC)	FECHADAS (EFPC)
As entidades abertas são empresas privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima,	As entidades fechadas são pessoas jurídicas, organizadas sob a forma de fundação ou

que oferecem planos de previdência privada que podem ser contratados por qualquer pessoa física ou jurídica. As entidades abertas normalmente fazem parte do mesmo grupo econômico de um banco ou seguradora. Exs: Bradesco Vida e Previdência S.A., Itaú Vida e Previdência S.A., Mapfre Previdência S.A., Porto Seguro Vida e Previdência S/A., Sul América Seguros de Pessoas e Previdência S.A.	sociedade civil, mantidas por grandes empresas ou grupos de empresa, para oferecer planos de previdência privada aos seus funcionários. Essas entidades são conhecidas como “fundos de pensão”. Os planos não podem ser comercializados para quem não é funcionário daquela empresa. Ex: Previbosch (dos funcionários da empresa Bosch).
Possuem finalidade de lucro.	Não possuem fins lucrativos.
São geridas (administradas) pelos diretores e administradores da sociedade anônima.	A gestão é compartilhada entre os representantes dos participantes e assistidos e os representantes dos patrocinadores.

O julgado analisado refere-se a um plano de previdência privada fechada.

"Entidades patrocinadoras" (patrocinador)

Patrocinador (ou entidade patrocinadora) é a empresa ou grupo de empresas que oferece plano de previdência privada fechada aos seus funcionários. Funciona da seguinte forma: os empregados pagam uma parte da mensalidade e o patrocinador arca com a outra.

Obs: existem alguns entes públicos que também oferecem plano de previdência privada aos servidores. Neste caso, este ente público é que será o patrocinador.

A entidade patrocinadora oferece o plano de previdência privada por meio de uma entidade fechada de previdência privada. Enfim, só existe entidade patrocinadora no caso de plano fechado de previdência privada. Os benefícios mais comuns que são oferecidos pela previdência complementar fechada são os seguintes: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

Participante

Participante é a pessoa física que adere ao plano de previdência complementar oferecido por uma entidade fechada de previdência complementar (EFPC). O participante, para poder aderir a esse plano, tem que estar vinculado à entidade patrocinadora (ex: ser funcionário do patrocinador).

O valor das contribuições vertidas pelo participante para a entidade de previdência é descontado de seu salário no momento do pagamento.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João, casado com Regina, era Regina empregado do Banco Central.

Ele participava do plano de previdência privada oferecido aos empregados do Banco, por meio da Fundação Banco Central de Previdência Privada – CENTRUS. Significa que ele contribuía mensalmente para, no futuro, gozar dos benefícios decorrentes dessa previdência complementar.

Em 1995, João faleceu e Regina passou a receber pensão paga pela CENTRUS.

Além da pensão, Regina constantemente recebia também o pagamento de superávit do plano.

Abrindo um parêntese:

O pagamento de superávit aos participantes de um plano de previdência privada ocorre quando o fundo de previdência registra um excedente financeiro, ou seja, quando as receitas do plano (incluindo os investimentos, contribuições dos participantes e da patrocinadora) superam as despesas e as obrigações previstas (como benefícios a serem pagos aos participantes e custos administrativos).

Esse superávit indica uma saúde financeira superior à necessária para cumprir com todas as obrigações do plano no longo prazo. Nesse caso, o excedente pode ser distribuído de várias formas, conforme definido pela LC 109/2001 e pelo regulamento do plano.

Voltando ao caso concreto

Nos anos de 2012 a 2016, a CENTRUS, que administra o fundo de pensão, obteve superávit e, por esse motivo, com fundamento na LC 109/2001, passou a destinar parte desse montante (superávit) aos seus associados.

O superávit de 2012 foi integralmente pago até 07/11/2016.

Em 2017 seria iniciado o pagamento dos superávits de 2013 a 2016.

Em 14/12/2016, Regina faleceu e deixou dois filhos como herdeiros.

A CENTRUS recusou-se a pagar os superávits de 2013 a 2016 aos herdeiros de Regina, alegando que quando do seu falecimento, em 14/12/2016, Regina não era elegível ao recebimento do superávit de 2013, tampouco dos anos seguintes, porquanto não havia, ainda, cumprido todos os requisitos fático-jurídicos para tanto, já que, à época, não havia transcorrido o período de três exercícios consecutivos sem a utilização da reserva especial correspondente. A administradora invocou o art. 20, § 2º, da LC 109/2001:

Lei Complementar federal nº 109/2001

Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

(...)

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

Ação do espólio

O espólio de Regina não concordou e ajuizou ação requerendo o pagamento do superávit dos exercícios anteriores ao falecimento (2013 a 2016).

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que o direito de Regina (e dos herdeiros) ao superávit somente passaria a existir após três exercícios sem a utilização da reserva de contingência (art. 20, § 2º, da LC 109/2001).

A sentença foi mantida pelo Tribunal em 2ª instância.

Recurso especial

O espólio da beneficiária interpôs recurso especial alegando, em síntese, que o acórdão recorrido se mostra equivocado ao negar o direito ao espólio, fundando-se na argumentação de que o superávit nasce apenas após o decurso do prazo de três anos, quando é certo que, já com a geração do superávit ao final do exercício financeiro da entidade, o beneficiário adquire o direito ao seu pagamento.

O superávit dos anos de 2013 a 2016 ocorreram quando Regina ainda era viva e, portanto, isso se incorporou à sua esfera patrimonial, de modo que, transcorrido o triênio sem a utilização da reserva especial respectiva, fazem jus os herdeiros ao recebimento dos valores correspondentes, por força do direito adquirido da falecida.

O STJ concordou com os argumentos do espólio?

SIM.

A reserva especial é constituída pelo que excede ao necessário para a garantia dos benefícios contratados. Como excede o necessário ao pagamento dos benefícios, considera-se que fica descaracterizada a sua natureza previdenciária.

Esse valor excedente deve ser devolvido aos que efetivamente contribuíram para o plano e na proporção do quanto contribuíram para a sua formação, em respeito ao seu direito acumulado.

Conclui-se, a partir da noção de acumulação ínsita à apuração do superávit do plano de benefícios, que o direito à reversão dos valores correspondentes à reserva especial se incorpora, gradualmente, ao patrimônio jurídico de quem contribuiu para o resultado superavitário, à medida em que há o decurso do tempo e se concretizam as demais exigências para a sua aquisição plena.

Daí porque se pode afirmar que a apuração do resultado superavitário cria uma expectativa de direito qualificada, tendo em vista que a lei especial põe a salvo o direito acumulado dos participantes/assistidos, segundo a proporção das contribuições normais vertidas no período em que se deu a formação do excedente e proporcionalmente ao montante das respectivas reservas matemáticas individuais ou ao benefício efetivo ou projetado atribuído a cada um deles.

Noutras palavras, mesmo antes do preenchimento de todos os requisitos de elegibilidade para o recebimento dos valores revertidos, o participante/assistido já agregou uma parcela desse direito ao seu patrimônio jurídico, ao contribuir para a formação da reserva especial, parcela essa que, uma vez confirmada, com o decurso do tempo e o cumprimento das outras exigências normativas, passa a constituir um direito adquirido seu.

Nesse intervalo, porém, entre a apuração do resultado superavitário e a determinada revisão obrigatória do plano de benefícios, o direito acumulado de cada participante/assistido, enquanto expectativa de direito qualificada e não direito adquirido, fica sujeito às eventuais alterações processadas no regulamento do plano sobre a destinação e a utilização do superávit apurado ou ao aproveitamento do valor excedente, inclusive para a recomposição da reserva de contingência.

Essa é, inclusive, a solução que melhor atende ao regime financeiro do sistema de previdência complementar fechado, sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, porquanto protege a justa expectativa de quem, com seu comportamento anterior de contribuir para o resultado superavitário e a formação da reserva especial, espera reaver os valores despendidos que excedem o necessário para a garantia dos benefícios contratados e o pagamento de despesas decorrentes da administração do plano de benefícios.

Analizando especificamente o caso concreto

Regina era assistida do plano de benefícios entre os exercícios de 2013 e 2016. Logo, ela contribuiu para o superávit apurado no referido período e para a formação da reserva especial correspondente, assim como havia contribuído para aquela relativa ao exercício de 2012 e recebido, até a data de sua morte, as parcelas da respectiva reversão de valores.

Como Regina contribuiu para a formação da reserva especial relativa ao superávit dos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016 (proporcionalmente aos meses de janeiro a novembro), faz jus, em respeito ao seu direito acumulado, à devolução, agora para o seu espólio, da fração que lhe correspondia dos valores efetivamente revertidos aos participantes/assistidos e ao patrocinador, após a revisão obrigatória do plano de benefícios aprovada pela Previc, a ser apurada em liquidação de sentença.

Em suma:

O espólio faz jus ao recebimento dos valores revertidos pela entidade fechada de previdência complementar, após a morte da beneficiária, por força dos superávits apurados nos exercícios anteriores a sua morte.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.013.177-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/3/2024 (Info 803).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A Portaria n. 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimento. ()
- 2) Ainda que se entenda que a verificação ficta da condição exige prova do dolo, por se tratar de fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916, não está tal elemento associado a um específico resultado, mas somente à prática intencional dos fatos que deram ensejo à não implementação da condição. ()
- 3) A repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo. ()
- 4) Não cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR para tratar de debate acerca da aplicação, em concreto, das regras processuais previstas para a admissão e o julgamento do IRDR.
- 5) O CPC estabeleceu, como regra, a sistemática da causa-piloto para o julgamento do IRDR. Porém, o Tribunal de origem não é livre para julgar o IRDR apenas com base em uma causa-modelo. ()
- 6) Nas ações coletivas em que a associação representa seus associados por legitimação ordinária, nos termos do art. 5º, XXI, da CF/88, o entendimento que não deve ser aplicado é o firmado no Tema n. 499 do STF. ()
- 7) O inadimplemento da pena de multa, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária. ()
- 8) A constituição de família exclui, per se, a punibilidade do crime de estupro de vulnerável. ()
- 9) A orientação mais condizente com o espírito da Lei nº 11.340/2006 é no sentido de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher não são presumidas. ()
- 10) A quebra da cadeia de custódia, em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, que resulte na impossibilidade de se distinguir, com segurança, acarreta a absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. ()
- 11) É inverossímil a suposta confissão informal do réu sobre armazenamento de drogas no interior do imóvel, seguida de autorização para ingresso dos policiais, quando não há comprovação do consentimento do morador. ()
- 12) O montante, antes utilizado para as deduções de IRPJ e CSLL e, posteriormente, objeto de repetição de indébito, não compõe as bases de cálculo desses tributos, por constituir acréscimo patrimonial. ()
- 13) O espólio faz jus ao recebimento dos valores revertidos pela entidade fechada de previdência complementar, após a morte da beneficiária, por força dos superávits apurados nos exercícios anteriores a sua morte. ()

Gabarito

1. C	2. C	3. C	4. E	5. C	6. E	7. C	8. E	9. E	10. C	11. C	12. E	13. C
------	------	------	------	------	------	------	------	------	-------	-------	-------	-------