

Informativo comentado: Informativo 719-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES TEMPORÁRIOS

- *A norma de edital que impede a participação de candidato em processo seletivo simplificado em razão de anterior rescisão de contrato por conveniência administrativa fere o princípio da razoabilidade.*

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL E INTERNET

- *Não se pode impor a provedores de buscas a obrigação genérica de desindexar resultados obtidos a partir do arquivo ilicitamente divulgado na internet.*
- *Provedor de e-mail não é obrigado a guardar e-mails que foram deletados.*
- *Provedor de e-mail não pode ser responsabilizado pelo fato de um hacker, ao conseguir acessar a conta de e-mail do usuário, ter subtraído as criptomoedas que ele possuía.*

DIVÓRCIO

- *Não se comunicam, na partilha decorrente de divórcio, os bens adquiridos por uma das partes antes do casamento, no período de namoro.*

DIREITO EMPRESARIAL

FALÊNCIA

- *É possível que a Fazenda Pública habilite na falência o crédito tributário que já está sendo cobrado em uma execução fiscal em curso?*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ASTREINTES

- *Para se iniciar a execução provisória da multa cominatória não é mais necessário aguardar a prolação da sentença, no entanto, o levantamento só é possível com o trânsito em julgado.*

EXECUÇÃO FISCAL

- *O sócio só pode ser atingido pelo redirecionamento fundado na dissolução irregular se ele era administrador no momento dessa dissolução; se havia saído antes, em regra, não poderá ser responsabilizado.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

NULIDADES

- *O ajuizamento de duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, viola a garantia contra a dupla incriminação.*

TRIBUNAL DO JÚRI

- *Juiz não pode unilateralmente alterar os prazos dos debates orais no Júri previstos no CPP; no entanto, isso pode ser feito mediante acordo entre as partes.*
- *O art. 155 do CPP, ao proibir que a condenação se fundamente apenas em elementos colhidos durante a fase inquisitorial, tem aplicação também para as sentenças proferidas no Júri.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSQN

- *É legítima a incidência do ISSQN nas prestações de serviços de reparos navais em embarcações de bandeira estrangeira em águas marítimas no território nacional.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

APOSENTADORIA ESPECIAL

- *O critério do pico de ruído pode ser adotado para a concessão de aposentadoria especial?*

DIREITO INTERNACIONAL

EXPULSÃO

- *É proibida a expulsão caso o estrangeiro tenha filho brasileiro e ele esteja sob a sua guarda ou dependência socioafetiva, o que pode ser comprovado por uma declaração da mãe da criança*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A norma de edital que impede a participação de candidato em processo seletivo simplificado em razão de anterior rescisão de contrato por conveniência administrativa fere o princípio da razoabilidade

ODS 16

Caso concreto: em 2012, após processo seletivo, João foi contratado como servidor temporário (art. 37, IX, da CF/88) para prestar serviços como inspetor penitenciário. Em 2014, foi exonerado por “conveniência administrativa”, não tendo recebido, contudo, qualquer punição durante o tempo em que exerceu suas funções. Em 2019, o Estado instaurou processo seletivo simplificado para novamente contratar servidores temporários para exercerem as funções de inspetor penitenciário. João se inscreveu e foi aprovado. A despeito disso, não pode ser contratado por conta da vedação constante no item 11.8 do edital, que dizia o seguinte: “11.8. O candidato que houver sido contratado ou nomeado anteriormente pela SEJUS e que tiver sido exonerado, ou tiver tido o contrato rescindido por conveniência administrativa e/ou ato motivado pela Corregedoria e/ou por determinação judicial, será automaticamente eliminado do processo seletivo.”

Impedir que o candidato participe do processo seletivo simplificado porque, há alguns anos, seu contrato foi rescindido por conveniência administrativa, equivale a impedir, hoje, a sua participação na seleção por mera conveniência administrativa, o que viola o princípio da isonomia e da impessoalidade.

STJ. 2ª Turma. RMS 67.040-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Exceção ao princípio do concurso público

A CF/88 instituiu o “princípio do concurso público”, segundo o qual, em regra, a pessoa somente pode ser investida em cargo ou emprego público após ser aprovada em concurso público (art. 37, II).

Esse princípio, que na verdade é uma regra, possui exceções que são estabelecidas no próprio texto constitucional.

Assim, a CF/88 prevê situações em que o indivíduo poderá ser admitido no serviço público mesmo sem concurso. Podemos citar como exemplos:

- a) cargos em comissão (art. 37, II);
- b) servidores temporários (art. 37, IX);

- c) cargos eletivos;
 - d) nomeação de alguns juízes de Tribunais, Desembargadores, Ministros de Tribunais;
 - e) ex-combatentes (art. 53, I, do ADCT);
 - f) agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias (art. 198, § 4º).
- Vamos estudar agora apenas a hipótese dos servidores temporários (art. 37, IX, da CF/88).

Redação do art. 37, IX

O art. 37, IX, prevê o seguinte:

Art. 37 (...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

O inciso IX do art. 37 consiste em uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, portanto, de lei para produzir todos os seus efeitos. Mais abaixo veremos que lei é essa.

Servidores temporários

Os servidores que são contratados com base nesse fundamento são chamados de servidores temporários.

Características

Para ser válida, a contratação com fundamento no inciso IX deve ser...

- feita por tempo determinado (a lei prevê prazos máximos);
- com o objetivo de atender a uma necessidade temporária; e
- que se caracterize como sendo de excepcional interesse público.

Processo seletivo simplificado

A contratação com base no inciso IX ocorre sem a realização de prévio concurso público.

A lei, no entanto, pode prever critérios e exigências a serem observadas pelo administrador no momento de contratar. Ex.: a Lei nº 8.745/93, que rege o tema em nível federal, exige, em regra, que os profissionais a serem contratados sejam submetidos a uma espécie de processo seletivo simplificado (art. 3º), ou seja, um procedimento mais simples que o concurso público, por meio do qual, no entanto, seja possível selecionar os melhores candidatos à função e de maneira impessoal. A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo.

Lei de cada ente deverá reger o tema

Repare que o inciso IX fala que LEI estabelecerá os casos de contratação. Não se trata de uma só lei. O que esse dispositivo está afirmando é que cada ente da Federação deverá editar a sua própria lei prevendo os casos de contratação por tempo determinado. Não poderia uma só lei dispor sobre o tema porque é preciso que se respeite a autonomia administrativa dos entes.

Ex.1: no âmbito federal, a lei que rege o tema é a Lei nº 8.745/93.

Ex.2: em Goiás, quem traz as hipóteses é a Lei estadual nº 13.664/2000.

Ex.3: em Manaus, a contratação por prazo determinado deverá observar a Lei municipal nº 1.425/2010.

Ao prestar concursos estaduais/municipais, é importante verificar se o edital exige a lei de contratação por tempo determinado.

A lei de cada ente irá prever as regras sobre essa contratação, ou seja, as hipóteses em que ela ocorre, seu prazo de duração, direitos e deveres dos servidores, atribuições, responsabilidades etc. Vale ressaltar que a referida lei não poderá contrariar a moldura (os limites) que o inciso IX do art. 37 da CF/88 deu ao tema.

Imagine agora a seguinte situação adaptada:

João trabalhou como inspetor penitenciário em uma unidade prisional do Espírito Santo no período de 21/05/2012 a 15/01/2014.

Vale ressaltar que ele trabalhou como servidor temporário, contratado nos termos do art. 37, IX, da CF/88, acima explicado.

Em 2014, ele foi desligado pela Administração por conveniência administrativa, não tendo recebido qualquer punição durante o tempo em que exerceu suas funções.

Em 2019, o Estado do Espírito Santo instaurou novo processo seletivo simplificado para novamente contratar servidores temporários para exercerem as funções de Inspetor Penitenciário.

João se inscreveu e foi aprovado. A despeito disso, foi sumariamente excluído do processo seletivo com base no item 11.8 do edital, que dizia o seguinte:

“11.8. O candidato que houver sido contratado ou nomeado anteriormente pela SEJUS e que tiver sido exonerado, ou tiver tido o contrato rescindido por conveniência administrativa e/ou ato motivado pela Corregedoria e/ou por determinação judicial, será automaticamente eliminado do processo seletivo.”

João impetrou mandado de segurança contra essa eliminação afirmando que essa previsão editalícia não tem sentido, violando o princípio da razoabilidade.

O TJ/ES negou o pedido do impetrante afirmando que o edital é a lei interna que rege os concursos públicos e processos seletivos simplificados, de forma que tais regras vinculam tanto a Administração Pública como os candidatos, sob pena de inobservância dos princípios da vinculação ao edital, da legalidade e da isonomia.

Ainda inconformado, João recorreu ao STJ. Essa regra editalícia é válida?

NÃO.

A norma de edital que impede a participação de candidato em processo seletivo simplificado em razão de anterior rescisão de contrato por conveniência administrativa fere o princípio da razoabilidade.

STJ. 2ª Turma. RMS 67.040-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

O princípio da vinculação ao edital exige que as regras nele previstas sejam respeitadas, especialmente quando a seleção tem por objeto o desempenho de funções públicas consideradas sensíveis (como o caso de Inspetor Penitenciário). Contudo, tais regras devem ser razoáveis e racionalmente justificáveis. No caso concreto, a Administração Pública não apresentou qualquer justificativa válida para a manutenção dessa previsão editalícia.

Impedir que o candidato participe do processo seletivo simplificado porque, há alguns anos, seu contrato foi rescindido por conveniência administrativa, equivale a impedir, hoje, a sua participação na seleção por mera conveniência administrativa, o que viola o princípio da isonomia e da impessoalidade.

A participação de determinado candidato em concurso ou seleção pública não se insere no âmbito da discricionariedade do gestor.

Além disso, não é possível presumir que a atual contratação não seria conveniente por dois motivos:

Primeiro porque, do contrário, o processo seletivo não estaria em curso.

Segundo porque o que era inconveniente anteriormente não o é, necessária e automaticamente, no presente.

Assim, a conclusão a que se chega não pode ser outra que não a da falta de razoabilidade da norma.

Cuidado para não confundir:

É constitucional a quarentena para recontração de servidores temporários prevista no art. 9º, III, da Lei 8.745/93

No âmbito da administração pública federal, é vedada a contratação temporária do mesmo servidor antes de decorridos 24 meses do encerramento do contrato anterior. Tal regra está prevista no art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93:

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei.

O STF, ao analisar um caso concreto envolvendo a contratação temporária de professores, decidiu que essa regra é constitucional e fixou a seguinte tese:

“É compatível com a Constituição Federal a previsão legal que exija o transcurso de 24 (vinte e quatro) meses, contados do término do contrato, antes de nova admissão de professor temporário anteriormente contratado.”

STF. Plenário. RE 635648/CE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14/6/2017 (repercussão geral) (Info 869).

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL E INTERNET

Não se pode impor a provedores de buscas a obrigação genérica de desindexar resultados obtidos a partir do arquivo ilicitamente divulgado na internet

ODS 16

Não é possível impor a provedores de aplicações de pesquisa na internet o ônus de instalar filtros ou criar mecanismos para eliminar de seu sistema a exibição de resultados de links contendo o documento supostamente ofensivo.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.593.249-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação adaptada:

“Regina” é Juíza de Direito. Em uma investigação da Polícia Federal (“Operação Satiagraha”), seu nome foi mencionado, no relatório preliminar, como tendo eventual envolvimento com a prática do crime de tráfico de influência (art. 332 do Código Penal).

A despeito disso, não foram encontradas provas contra Regina e ela não foi formalmente investigada nem denunciada.

Depois de um tempo, um grupo hacker conseguiu obter diversos documentos relacionados com essa operação e os divulgou, inclusive o relatório que menciona o nome de Regina.

Esse documento (relatório) encontra-se em um site criado pelos hackers: “xxxxxxxxx.org.br”.

Assim, todas as vezes que se digitava o nome de Regina no campo de buscas do Google, aparecia o relatório da Polícia Federal, disponível nesse site.

Regina notificou extrajudicialmente o Google para que, em 24h, tomasse duas providências:

- 1) deixasse de vincular o seu nome a qualquer notícia envolvendo essa operação;
- 2) deixasse de exibir esse documento específico (relatório), que se encontra nessa URL específica (“xxxxxxxxx.org.br”) porque se trata de documento ilegal.

A empresa não cumpriu as providências requeridas, razão pela qual Regina ajuizou ação contra o Google pedindo as duas providências acima e mais uma indenização por danos morais.

O juiz e o TJ acolheram os pedidos da autora, tendo a empresa recorrido ao STJ.

Vale ressaltar que esses fatos ocorreram antes da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

O STJ concordou com a PRIMEIRA providência requerida pela autora?

NÃO.

Nas palavras do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva:

“(…) o conteúdo cuja eventual manutenção na internet por tempo indeterminado, alegadamente ofensivo à honra da autora, não é de responsabilidade da recorrente, mas de terceiros provedores, o que significa dizer que, mesmo diante da procedência do pedido autoral, publicações digitais relacionando o nome da autora com o indigitado documento permanecerão na rede mundial de computadores e poderão ser facilmente acessadas por quem quer que seja, inclusive a partir da simples utilização dos prenomes da autora combinado com o termo ‘Satiagraha’ (nome da operação da Polícia Federal de onde o documento contido em relatório preliminar de investigação foi ilicitamente retirado e divulgado em virtude da ação de um grupo de hackers) como parâmetros de pesquisa em serviços dessa natureza oferecidos por esse e por outros provedores de aplicações.”

Assim, a orientação jurisprudencial do STJ é no sentido de que:

Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados da busca de determinado termo ou expressão.

STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1.593.873/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 17/11/2016.

Nesse mesmo sentido:

O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo.

A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico.

Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

STJ. 3ª Turma. REsp 1316921-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/6/2012 (Info 500).

Para o STJ, mesmo com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), ficou mantido o entendimento de que não cabe aos provedores de pesquisa exercer controle prévio de filtragem de resultados de busca ou de determinados arquivos associados a parâmetros de pesquisa definidos por usuários outros daquele serviço de aplicação.

Em razão do exposto, o STJ deu parcial provimento ao recurso do Google para dizer que a empresa não pode ser condenada de forma genérica à obrigação de remover dos resultados de busca links que contenham o “(…) arquivo infamante nelas disponibilizado quando realizada pesquisa nominal à autora com variações de seu nome e sobrenome (…), e, simultaneamente, que providencia a mesma medida em face do ressurgimento daquele vínculo a partir de qualquer outra URL, no prazo máximo de 24 horas contado a partir da notificação expressa feita pela demandante (…)”.

Assim, desindexar não pode.

O STJ concordou com a SEGUNDA providência requerida pela autora?

SIM.

O Min. Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou que existe uma diferença entre desindexação de resultados de busca e remoção (exclusão) de conteúdo específico constante de páginas na web (URLs):

- Desindexação de resultados de busca (impedir que o Google mostre determinada página que, no entanto, continua existindo na web): STJ não admite.
- Remoção de conteúdo específico que está em determinado site: STJ admite.

Para o STJ:

O provedor, ao ser comunicado que determinado texto ou imagem tem conteúdo difamatório, deve retirá-lo imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.593.249-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Desse modo, para o STJ, o Google foi corretamente condenado a excluir esse conteúdo.

Em suma:

Não é possível impor a provedores de aplicações de pesquisa na internet o ônus de instalar filtros ou criar mecanismos para eliminar de seu sistema a exibição de resultados de links contendo o documento supostamente ofensivo.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.593.249-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

RESPONSABILIDADE CIVIL E INTERNET

Provedor de e-mail não é obrigado a guardar e-mails que foram deletados

Provedor de e-mail não pode ser responsabilizado pelo fato de um hacker, ao conseguir acessar a conta de e-mail do usuário, ter subtraído as criptomoedas que ele possuía

ODS16

Provedor de e-mail não é obrigado a guardar e-mails que foram deletados

Não há previsão legal atribuindo aos provedores de aplicações que oferecem serviços de e-mail o dever de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) não impõe esse dever aos provedores de e-mail.

Provedor de e-mail não pode ser responsabilizado pelo fato de um hacker, ao conseguir acessar a conta de e-mail do usuário, ter subtraído as criptomoedas que ele possuía

O provedor de aplicações que oferece serviços de e-mail não pode ser responsabilizado pelos danos materiais decorrentes da transferência de bitcoins realizada por hacker.

O usuário teve a sua conta de e-mail invadida por um hacker, que também acessou a sua carteira de bitcoins e transferiu as criptomoedas para a conta de outro usuário. Não se pode atribuir ao Gmail a responsabilidade por tais danos materiais porque, ainda que a gerenciadora adote o sistema de dupla autenticação, qual seja, digitação da senha e envio, via e-mail, do link de acesso, a simples entrada neste é insuficiente para propiciar o ingresso na carteira virtual e, conseqüentemente, a transação das criptomoedas. Logo, a ausência de nexos causal entre o dano e a conduta do Gmail obsta a atribuição a esta da responsabilidade pelo prejuízo material experimentado pelo usuário.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.885.201-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João comprou 79 bitcoins e os mantinha custodiados em uma corretora de criptomoedas.

Em 30/08/2017, um hacker invadiu o seu e-mail (Gmail).

Com isso, o hacker teve acesso aos dados da conta de João na corretora e, por meio da ferramenta de enviar o link de confirmação para o e-mail, conseguiu acessar a conta na corretora. O hacker transferiu, então, os bitcoins para uma outra carteira não identificada (ele furtou as criptomoedas).

Além disso, o hacker apagou todos os e-mails de João.

João entrou em contato com o Google (proprietário do Gmail) explicando o ocorrido.

A conta de e-mail foi devolvida a João, mas não foi possível recuperar o conteúdo das mensagens apagadas. Uma das mensagens continha justamente os dados da sua carteira de criptomoeda.

Diante disso, João ajuizou ação contra o Google pedindo que a empresa seja condenada a:

- a) recuperar todos os e-mails que foram apagados pelo hacker; e a
- b) pagar indenização pelos danos materiais decorrentes da transferência dos bitcoins realizada pelo hacker.

Os pedidos do autor foram acolhidos?

NÃO. Vamos entender com calma.

Provedores de conexão e provedores de aplicação

Inicialmente, é importante distinguir os chamados provedores de conexão dos provedores de aplicação:

Provedores de conexão à internet: são aqueles que oferecem “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP” (art. 5º, V, da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet).

No Brasil, os provedores de conexão acabam, em sua maioria, confundindo-se com os próprios prestadores de serviços de telecomunicações que, em conjunto, detêm a esmagadora maioria de participação neste mercado.

Provedores de aplicações de internet: são empresas que oferecem um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII). Exs: serviços de e-mail, redes sociais, hospedagem de dados, compartilhamento de vídeos etc.

Desse modo, os provedores de aplicação são aqueles que, sejam com ou sem fins lucrativos, organizam-se para o fornecimento dessas funcionalidades na internet.

Gmail: provedor de aplicações

O Google, quando oferece o serviço de e-mail (Gmail), enquadra-se na categoria de provedor de aplicações, estando sujeito às normas do Marco Civil da Internet.

O Google (Gmail) é obrigado a armazenar os e-mails que são apagados?

NÃO.

Não há previsão legal atribuindo aos provedores de aplicações que oferecem serviços de e-mail o dever de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.885.201-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

O Marco Civil da Internet prevê que apenas duas categorias de dados devem ser obrigatoriamente armazenados pelos provedores:

- a) os registros de conexão (art. 13), que devem ser armazenados pelo prazo de 1 ano;
- b) os registros de acesso à aplicação (art. 15), que devem ser mantidos por 6 meses.

A previsão legal para guarda desses dois grupos de dados tem um objetivo: facilitar a identificação, pelas autoridades, de eventual usuário que pratique um ilícito pela internet a fim de que possa ser responsabilizado.

Por outro lado, quanto aos demais dados, a regra é não incentivar o armazenamento. O legislador, propositalmente, buscou restringir os dados que deveriam ser armazenados pelos provedores de conexão e de aplicação com o objetivo de garantir a privacidade e a proteção da vida privada dos cidadãos usuários da Internet. Diminui-se, assim, a quantidade de dados pessoais que cada um dos atores da internet possui, como forma de prevenção ao abuso da posse dessas informações.

Desse modo, percebe-se que a opção legislativa adotada para os provedores de aplicação de internet está direcionada no sentido de restringir a quantidade de informações a serem armazenadas pelas empresas para apenas o necessário para a condução de suas atividades. Não há previsão legal atribuindo aos provedores de aplicações que oferecem serviços de e-mail o dever de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas.

O Google (Gmail) deve ser responsabilizado pelo furto dos bitcoins?

NÃO.

O provedor de aplicações que oferece serviços de e-mail não pode ser responsabilizado pelos danos materiais decorrentes da transferência de bitcoins realizada por hacker.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.885.201-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Criptomoeda

Em palavras muito simples (sem tanto rigor técnico, para facilitar o entendimento), criptomoedas (*cryptocurrencies*) são moedas “digitais” (também chamadas de “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”). É como se fosse um “dinheiro” que não existe fisicamente (só existe virtualmente), mas que, apesar disso, pode ser utilizado para comprar mercadorias ou remunerar serviços.

Em uma frase: é um dinheiro virtual (ainda que não oficial no Brasil).

Existem atualmente várias espécies de criptomoedas no mundo. Alguns exemplos: Bitcoin, Ethereum, Cardano, Litecoin, Matic etc.

Curiosidade: cripto é uma palavra originária do grego *Kryptose*, que significa algo que é oculto, escondido. Daí vem a palavra criptografia, ou seja, que consiste na aplicação de técnicas para tornar a escrita codificada. Ex: o Whatsapp, ao transmitir uma mensagem de um usuário para outro, utiliza técnicas de criptografia, ou seja, durante a transmissão pela internet, a mensagem vai de forma codificada, de modo que, mesmo se alguém conseguir interceptá-la, irá ler apenas códigos (e não a mensagem propriamente). As criptomoedas também se utilizam de técnicas de criptografia.

Bitcoin

Bitcoin é considerada a primeira criptomoeda criada no mundo, sendo a mais famosa delas.

Foi criada em 2008 por uma pessoa (ou um grupo de pessoas) que utilizou o pseudônimo de Satoshi Nakamoto e até hoje não se sabe a sua real identidade.

Este é o símbolo do bitcoin: ₿

Sua abreviatura é: BTC ou XBT.

Veja a definição dada por André Luiz Santa Cruz Ramos:

“O bitcoin é uma criptomoeda que utiliza uma tecnologia ponto a ponto (peer-to-peer) para criar um sistema de pagamentos on-line que não depende de intermediários e não se submete a nenhuma autoridade regulatória centralizadora. O código do bitcoin é aberto, seu design é público, não há proprietários ou controladores centrais e qualquer pessoa pode participar do seu sistema de gerenciamento coletivo. Enfim, o bitcoin é uma inovação revolucionária porque é o primeiro sistema de pagamentos totalmente descentralizado.” (Ramos, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial. 8ª ed., São Paulo: Método, 2018, p. 529)

Vale ressaltar que o Bitcoin e as demais criptomoedas não são autorizados como moeda nem regulamentados pelo Banco Central. Não fazem parte do sistema bancário oficial.

Como explica a Min. Nancy Andrighi:

“Fato é que, por não ter curso forçado, a criptomoeda não se qualifica como moeda fiduciária, tampouco pode ser considerada uma moeda eletrônica ou digital, já que estas dizem respeito à moeda nacional, a qual é regulamentada na lei acima referida.”

Embora não sejam consideradas moedas propriamente ditas, elas devem ser declaradas perante a Receita Federal, que as considera como um “criptoativo” (Instrução Normativa nº 1888/2019).

Blockchain,

As criptomoedas utilizam a tecnologia *blockchain*, a qual é baseada na confiança na rede e viabiliza, de forma inovadora, a realização de transações online sem a necessidade de um intermediário.

Essa estrutura “compreende o uso de um *ledger* (livro-razão) distribuído e descentralizado, que verifica e armazena transações. Uma *blockchain* basicamente garante que a base de dados e as transações que ocorram sejam registradas dentro do livro-razão, de forma segura e possam ser compartilhadas publicamente” (FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para a tecnologia blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 81/2018, jul.-set./ 2018, p. 141-142).

O blockchain fornece, assim, segurança à rede, estando assentado em quatro pilares: (i) segurança das operações, (ii) descentralização de armazenamento, (iii) integridade de dados e (iv) imutabilidade de transações (ALVAREZ, Felipe Oliveira de Castro Rodrigues. Novas tecnologias: o direito e o diálogo com o blockchain – perspectivas jurídicas sob o prisma do direito civil. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. Vol. 2/2019, jan.-mar./2019, p. 03).

O funcionamento das criptomoedas é complexo e, entre outros mecanismos, envolve algoritmos e criptografia. O sistema utiliza criptografia de ponta a ponta – peer-to-peer –, impedindo “que determinado usuário gaste os Bitcoins da carteira de outro usuário, por meio da realização e procedimentos de autenticação e veracidade das informações, bem como impede que o Blockchain seja violado e corrompido, garantindo, dessa forma, a integridade e segurança das informações” (DOMINGOS LUZ, Emylha Maryá Vieira. Bitcoin e demais cryptocurrencies. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 85/2019, jul.-set./2019, p. 72).

De acordo com a doutrina especializada, as transações de bitcoins funcionam da seguinte maneira:

“Especificamente, um pagamento no sistema se inicia com a criação de uma carteira e um usuário no sistema Bitcoin, o que demanda um computador instalado com o software necessário (Bitcoin Client) e conexão com a Internet. Não é, tal como CPF ou endereço, necessário inserir qualquer dado de identificação no sistema para que uma pessoa possa operá-lo. Para realizar transações em Bitcoins, após a criação da carteira e a presença de Bitcoins nela, o usuário poderá criar “endereço Bitcoin” (instruções de pagamento intra sistema que ditam o fluxo de pagamento) indicando quantas Bitcoins devem ser entregues a qual carteira e quando tal transferência deve ocorrer. Cada transação específica somente pode ser realizada mediante a utilização de senha específica que cada pagador e cada recebedor tem de digitar, chamada de “private key”, um sistema que se vale de criptografia para proteção das informações. (...) Tal private key é criada com base em um procedimento chamado de criptografia assimétrica. Este consiste no uso de duas chaves criptográficas, uma pública e uma privada, para que as informações sejam validadas. Tais chaves são criadas pelo Sistema Bitcoin e utilizadas apenas pelas partes que realizaram a transação e por aquelas que confirmam a operação.” (DA SILVA, Luiz Gustavo Doles Silva. Blockchain como sistema de custódia de valores mobiliários no âmbito do mercado de capitais brasileiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 80/2018, abr.-jun./2018, p. 96)

A chave privada mencionada no trecho colacionado viabiliza o acesso do usuário à sua carteira de bitcoins, na qual constam informações sobre as criptomoedas controladas e é possível a realização de pagamentos a outros usuários. A chave privada não deve, destarte, ser revelada e deve ser guardada pelo usuário, já que inexistente, atualmente, maneira de recuperá-la (<https://bitcoin.org/pt_BR/>). Se, porventura, “o dono

dos criptoativos perde a chave privada que possibilita o acesso à carteira virtual, os Bitcoins se tornam inutilizáveis, ou seja, são perdidos” (PINTO e SILVA, Bruna Lauviah Freitas. Reflexões sobre a herança digital e o bitcoin. Consultor Jurídico - Conjur. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/bruna-lauviah-reflexoes-heranca-digital?imprimir=1>>).

O sistema bitcoin oferece ao usuário três modalidades de carteiras (wallets):

- a) carteira para celular;
- b) carteiras para computador e
- c) carteiras físicas.

Qualquer que seja a modalidade de carteira eleita, o acesso para visualização de extratos e realização de transações exige a utilização da chave privada.

Destarte, a tecnologia das criptomoedas confere segurança às transações, que somente podem ser efetuadas mediante utilização de senha, mas constitui um investimento de alto risco.

Dos pressupostos da responsabilidade civil

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor dispensa a presença do elemento culpa, pois funda-se na teoria do risco da atividade (REsp 1580432/SP, DJe 04/02/2019). Em consequência, para que se configure a responsabilidade do fornecedor de serviços, é suficiente a comprovação:

- a) do dano;
- b) da falha na prestação dos serviços; e
- c) do nexo de causalidade entre o prejuízo e o vício ou defeito do serviço.

No caso concreto, não há nexo de causalidade

João teve a sua conta de e-mail invadida por um hacker, que também acessou a sua carteira de bitcoins e transferiu 79 criptomoedas para a conta de outro usuário.

Ao acessar o seu e-mail, o hacker teve acesso à mensagem eletrônica contendo o link enviado pela empresa gerenciadora das criptomoedas.

Ocorre que o acesso à carteira de criptomoedas exige, necessariamente, a indicação da chave privada. Ou seja, ainda que a gerenciadora adote o sistema de dupla autenticação, qual seja, digitação da senha e envio, via e-mail, do link de acesso temporário, a simples entrada neste é insuficiente para propiciar o ingresso na carteira virtual e, conseqüentemente, viabilizar a transação das criptomoedas. Conforme explicou o TJ/SP:

“Nesse passo, em que pese a alegação do autor no sentido de que a invasão a sua conta de e-mail foi condição essencial para o saque indevido dos bitcoins existentes em sua carteira virtual, tal fato, por si, não seria suficiente para possibilitar a subtração das criptomoedas, a menos que o sistema de segurança do site que as armazenava falhasse, o que não pode ser atribuído à ré, conforme bem ressaltou o douto magistrado a quo - fls. 530. (...) Assim, eventual responsabilidade decorrente da vulnerabilidade ou falha de segurança da plataforma virtual que armazenava as criptomoedas do autor não pode ser transferida à ré, mesmo porque o hacker se apropriou previamente de informações pessoais e sigilosas do legítimo usuário, sendo necessário, inclusive, o fornecimento da senha de acesso do autor junto ao site "blockchain.com". (e-STJ, fl. 759)”

Nesse contexto, é provável que o invasor tenha obtido a senha do autor, seja porque ele a tinha armazenado no e-mail, forneceu a terceiro ou até mesmo em razão de eventual falha apresentada no sistema da gerenciadora.

Nenhuma dessas circunstâncias guarda relação com a conduta do Google ou com o risco do serviço por ele desenvolvido, razão pela qual não está configurado o nexo de causalidade. Logo, é descabida a pretendida atribuição à empresa da responsabilidade pelo prejuízo material experimentado pelo autor.

Em suma:

O provedor de aplicações que oferece serviços de e-mail não pode ser responsabilizado pelos danos materiais decorrentes da transferência de *bitcoins* realizada por hacker.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.885.201-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

DOD PLUS – ALGUNS CONCEITOS INTERESSANTES

Espécies de provedores de serviços de Internet:

- a) provedores de backbone (espinha dorsal): detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede. Ex: Embratel.
- b) provedores de acesso: adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet. Exs: GVT, Claro, Vivo, TIM.
- c) provedores de hospedagem: armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto. Exs: HostGator, Locaweb, KingHost, UolHost.
- d) provedores de informação: produzem as informações divulgadas na Internet. São os autores das informações;
- e) provedores de conteúdo: disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29/06/2012.

DIVÓRCIO

Não se comunicam, na partilha decorrente de divórcio, os bens adquiridos por uma das partes antes do casamento, no período de namoro

ODS 16

Exemplo hipotético: em 2015, Lúcia adquiriu um apartamento financiado em 60 prestações mensais; nessa época, Lúcia namorava Henrique. Lúcia arcou, de forma autônoma e independente, com os valores para a aquisição do imóvel, sem qualquer ajuda financeira por parte de Henrique. Em 2018, Lúcia e Henrique se casaram, sob o regime da comunhão parcial de bens. Em 2020, Lúcia terminou de pagar o financiamento do apartamento. Em 2021, Lúcia e Henrique se divorciaram.

A mulher arcou de forma autônoma e independente com os valores para a aquisição do bem, motivo pelo qual o pagamento de financiamento remanescente não repercute em posterior partilha por ocasião do divórcio, sendo considerado montante estranho à comunhão de bens. O ex-cônjuge não faz jus a nenhum benefício patrimonial decorrente do negócio jurídico, sob pena de a circunstância configurar um manifesto enriquecimento sem causa.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.841.128-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2015, Lúcia adquiriu um apartamento financiado em 60 prestações mensais.

Nessa época, Lúcia namorava Henrique.

Vale ressaltar que Lúcia arcou, de forma autônoma e independente, com os valores para a aquisição do imóvel, sem qualquer ajuda financeira por parte de Henrique.

Em 2018, Lúcia e Henrique se casaram, sob o regime da comunhão parcial de bens.
Em 2020, Lúcia terminou de pagar o financiamento do apartamento.
Em 2021, Lúcia e Henrique se divorciaram.

Henrique pediu inicialmente para ter direito à metade do apartamento. Esse pedido deve ser acolhido?
NÃO.

O apartamento foi adquirido antes do casamento, de forma que atrai a regra do art. 1.661 do Código Civil:

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Subsidiariamente, Henrique pediu para ter direito a uma parte do apartamento, considerando que diversas parcelas foram pagas durante o período em que eles já estavam casados. Logo, presume-se que tais parcelas foram pagas com o esforço comum.

Esse pedido subsidiário pode ser aceito? Ele deve ter direito a alguma parte do apartamento?

Também NÃO.

Também não se pode incluir na partilha as parcelas remanescentes do financiamento e que foram pagas durante o casamento.

A mulher arcou de forma autônoma e independente com os valores para a aquisição do bem, motivo pelo qual o pagamento de financiamento remanescente não repercute em posterior partilha por ocasião do divórcio, sendo considerado montante estranho à comunhão de bens.

Desse modo, o ex-cônjuge não faz jus a nenhum benefício patrimonial decorrente do negócio jurídico, sob pena de a circunstância configurar um manifesto enriquecimento sem causa.

Em suma:

Não se comunicam, na partilha decorrente de divórcio, os bens adquiridos por uma das partes antes do casamento, no período de namoro.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.841.128-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

DIREITO EMPRESARIAL

FALÊNCIA

É possível que a Fazenda Pública habilite na falência o crédito tributário que já está sendo cobrado em uma execução fiscal em curso?

Importante!!!

ODS 16

É cabível o pedido de habilitação de crédito da Fazenda Pública na falência desde que suspensa a execução fiscal.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.872.153-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A União (Fazenda Nacional) ajuizou execução fiscal contra a Medic S/A cobrando crédito tributário, processo que tramita na 1ª Vara Federal.

Alguns meses depois, antes que a execução fiscal chegasse ao fim, foi decretada a falência da Medic S/A, processo que tramita na 2ª Vara de Falências.

A União pediu então ao juízo da 2ª Vara a habilitação do crédito que está sendo cobrado na execução fiscal.

O juízo da 2ª Vara indeferiu o pedido alegando que, como a União já está cobrando o valor devido na execução fiscal, ela não pode habilitar este crédito na falência, considerando que faltaria ao poder público interesse processual.

Vale ressaltar que tudo isso ocorreu antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.112/2020, que modificou a Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperações e Falências).

Indaga-se: agiu corretamente o juízo da 2ª Vara ao negar o pedido de habilitação do crédito tributário no processo de falência?

NÃO.

Vamos entender com calma.

Prerrogativas do art. 187 do CTN e do art. 29 da Lei nº 6.830/80

O art. 187 do CTN e o art. 29 da Lei nº 6.830/80 preveem o seguinte:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

☑ (Juiz TJ/MT 2018 VUNESP) A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (certo)

O STJ entende, contudo, que esses dois dispositivos não proíbem que a Fazenda Pública faça a habilitação dos créditos tributários na falência. Esses dispositivos garantem ao ente público a prerrogativa de escolher entre receber o pagamento de seu crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação nos autos da falência.

Assim, muito embora o processamento e o julgamento das execuções fiscais não se submetam ao juízo universal da falência, compete à Fazenda Pública optar por ingressar com a cobrança judicial ou requerer a habilitação de seu crédito na ação falimentar.

Esse já era o entendimento consolidado do STJ mesmo antes da Lei nº 14.112/2020. Veja:

O ajuizamento de execução fiscal em momento anterior à decretação da quebra do devedor não enseja o reconhecimento da ausência de interesse processual do ente federado para pleitear a habilitação do crédito correspondente no processo de falência.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.857.055-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/05/2020 (Info 672).

A execução fiscal é o procedimento pelo qual a Fazenda Pública cobra dívida tributária ou não tributária. Da leitura dos arts. 5º e 38 da Lei de Execuções Fiscais, verifica-se que a competência para decidir a respeito do crédito tributário é privativa do Juízo da Execução.

O juízo falimentar, por outro lado, nos termos do que estabelece a Lei nº 11.101/2005, é “indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo” (art. 76).

Desse panorama, conclui-se que, mesmo antes da alteração legislativa trazida pela Lei nº 14.112/2020 na Lei de Falências, não havia qualquer óbice legal à coexistência do executivo fiscal com o pedido de habilitação de crédito no juízo falimentar. Tanto isso é verdade que o entendimento jurisprudencial do STJ, de há muito consolidado, é no sentido de que a falência superveniente do devedor não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal.

Se a Fazenda Pública optar por habilitar o crédito na falência, ela deverá renunciar ao rito da execução?

NÃO.

A tramitação da ação executiva fiscal não representa, por si só, uma garantia para o credor.

Diante do pedido de habilitação do crédito na falência, não haverá obrigatoriedade de a Fazenda Pública renunciar a execução fiscal se, no processo executivo, não há constrição de bens.

Logo, é cabível a coexistência da habilitação de crédito na falência com a execução fiscal desprovida de garantia, desde que a Fazenda Pública se abstenha de requerer a constrição de bens em relação ao executado que também figure no polo passivo da ação falimentar.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.831.186-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Acórd. Min. Regina Helena Costa, julgado em 26/05/2020 (Info 674).

STJ. 2ª Turma REsp 1866843-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado 22/09/2020.

Vale ressaltar, contudo, que o processo de execução fiscal fica **suspense**, conforme explica o Min. Gurgel de Faria:

“(…) não obstante a possibilidade de ambos os procedimentos coexistirem, sendo a opção por um deles, prerrogativa da Fazenda Pública, observa-se que, proposta a execução fiscal e, posteriormente, apresentado o pedido de habilitação de crédito no juízo falimentar, a ação de cobrança perderá a sua utilidade, pelo menos, momentaneamente, pois dependerá do desfecho do processo de falência e por isso, deverá ser suspensa, não importando, esse fato, no entanto, em renúncia da Fazenda Pública ao direito de cobrar o crédito tributário através do executivo fiscal.”

No mesmo sentido:

É cabível o pedido de habilitação de crédito da Fazenda Pública na falência desde que suspensa a execução fiscal.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.872.153-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09/11/2021 (Info 719).

Portanto, a execução fiscal e o pedido de habilitação de crédito no juízo falimentar coexistem a fim de preservar o interesse maior, que é a satisfação do crédito tributário, não podendo a prejudicialidade do processo falimentar ser confundida com falta de interesse de agir do ente público.

Vale ressaltar, mais uma vez, que para a habilitação do crédito na falência, a Fazenda Pública não pode pleitear a constrição de bens no processo executivo.

Depois da Lei nº 14.112/2020, o entendimento do STJ continua o mesmo? Continua sendo possível a habilitação do crédito tributário na falência, mesmo que ele já esteja sendo objeto de execução fiscal em curso?

SIM. A Lei nº 14.112/2020 acrescentou o art. 7º-A corroborando o entendimento do STJ acima explicado. Confira:

Art. 7º-A. Na falência, após realizadas as intimações e publicado o edital, conforme previsto, respectivamente, no inciso XIII do caput e no § 1º do art. 99 desta Lei, o juiz instaurará, de ofício, para cada Fazenda Pública credora, incidente de classificação de crédito público e determinará a sua intimação eletrônica para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente diretamente ao administrador judicial ou em juízo, a depender do momento processual, a relação completa de seus créditos inscritos em dívida ativa, acompanhada dos cálculos, da classificação e das informações sobre a situação atual.

(...)

§ 4º Com relação à aplicação do disposto neste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

(...)

V - as execuções fiscais permanecerão suspensas até o encerramento da falência, sem prejuízo da possibilidade de prosseguimento contra os corresponsáveis;

Em suma:

É possível a Fazenda Pública habilitar em processo de falência crédito tributário objeto de execução fiscal em curso, mesmo antes da vigência da Lei nº 14.112/2020, e desde que não haja pedido de constrição de bens no feito executivo.
STJ. 1ª Seção. REsp 1.872.759-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/11/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 1092) (Info 718).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ASTREINTES

Para se iniciar a execução provisória da multa cominatória não é mais necessário aguardar a prolação da sentença, no entanto, o levantamento só é possível com o trânsito em julgado

ODS 16

É possível a execução provisória da multa cominatória fixada em tutela provisória de urgência?

CPC/1973: a multa cominatória fixada em antecipação de tutela somente podia ser objeto de execução provisória

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

STJ REsp 1.200.856-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1º/7/2014 (Tema 743).

CPC/2015: Art. 537 (...) § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Desse modo, à luz do CPC/2015, não se aplica a tese firmada no julgamento do REsp 1.200.856/RS, considerando que o novo CPC inovou na matéria, permitindo a execução provisória da multa cominatória mesmo antes da prolação de sentença de mérito.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.958.679-GO, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Alessandra, atriz, ajuizou ação de obrigação de fazer contra o portal Fofoca das Celebridades, pedindo que o referido site retire de suas páginas fotos íntimas da autora e cuja publicação ela não autorizou.

O juiz concedeu liminarmente a tutela provisória de urgência determinando que o site retirasse, em 24 horas, as fotos, sob pena de multa de R\$ 2 mil por cada hora de descumprimento.

A direção do site recebeu a intimação, mas somente retirou as fotos com 15 horas de atraso em relação ao prazo final. Logo, terá que pagar uma multa de R\$ 30 mil pela demora no cumprimento da obrigação de fazer estabelecida pela decisão judicial.

A autora pode exigir o pagamento das astreintes antes do final do processo (antes do trânsito em julgado)? É possível a execução provisória dessa multa de R\$ 30 mil? A partir de quando?

É possível a execução provisória da multa cominatória fixada em tutela provisória de urgência?

CPC/1973

CPC/2015

<p>O STJ fixou a seguinte tese a respeito do tema:</p> <p>A multa cominatória fixada em antecipação de tutela somente poderá ser objeto de execução provisória:</p> <ul style="list-style-type: none"> • após a sua confirmação pela sentença de mérito e; • desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo. <p>STJ. Corte Especial. REsp 1.200.856-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 1º/7/2014 (Recurso Repetitivo – Tema 743) (Info 546).</p>	<p>Passou a existir previsão expressa no CPC:</p> <p>Art. 537 (...) § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.</p>
<p>Para se iniciar a execução provisória, era necessário aguardar a prolação da sentença de mérito confirmando a procedência da multa.</p>	<p>Para se iniciar a execução provisória não é mais necessário aguardar a prolação da sentença. No entanto, o levantamento do valor só é possível com o trânsito em julgado.</p>

À luz do CPC/2015, não se aplica a tese firmada no julgamento do REsp 1.200.856/RS, considerando que o novo CPC inovou na matéria, permitindo a execução provisória da multa cominatória mesmo antes da prolação de sentença de mérito.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.958.679-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

As astreintes têm por escopo garantir a efetivação da tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente. Por meio de sua imposição almeja-se induzir as partes a cumprir determinações judiciais que lhes foram impostas (em tutela provisória ou não), em prestígio ao princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais no contexto do moderno processo civil de resultados, motivo pelo qual possuem natureza patrimonial e função inibitória ou coercitiva.

A inovação legislativa em mote, portanto, amolda-se, à perfeição, à própria finalidade do instituto, na medida em que, ao permitir a execução provisória da decisão que fixa a multa mesmo antes da sentença de mérito, acentua o seu caráter coercitivo e inibitório, tornando ainda mais oneroso ou arriscado o descumprimento de determinações judiciais.

Vejamos se você realmente entendeu como funciona atualmente no CPC/2015:

É possível a execução provisória da multa cominatória antes da prolação de sentença de mérito?

SIM. Neste ponto, o CPC/2015 prestigiou a **efetividade**.

Mas o levantamento (“saque”) é condicionado ao trânsito em julgado da sentença favorável à parte?

SIM. É isso. Neste ponto, o CPC/2015 prestigiou a **segurança jurídica**.

Conforme explica a doutrina:

“Apesar de consagrar a eficácia imediata da multa, o § 3º do art. 537 do Novo CPC consagra um cumprimento de sentença incompleto, já que exige para o levantamento dos depósitos realizados em juízo o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (...) O legislador aparentemente encontrou uma solução que prestigia a efetividade e a segurança jurídica. A executabilidade imediata reforça o caráter de pressão psicológica da multa porque o devedor sabe que, descumprida a decisão em tempo breve, poderá sofrer desfalque patrimonial. Por outro lado, ao exigir para o levantamento de valores em favor do exequente o trânsito em julgado o legislador prestigia a segurança jurídica.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1201).

É necessária caução para o levantamento do valor?

NÃO. Isso porque o legislador já tomou a cautela necessária ao exigir que o levantamento do valor somente ocorra após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

À luz do CPC/2015, não se aplica a tese firmada no julgamento do REsp 1.200.856/RS, considerando que o novo CPC inovou na matéria, permitindo a execução provisória da multa cominatória mesmo antes da prolação de sentença de mérito.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.958.679-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

NULIDADES

O ajuizamento de duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, viola a garantia contra a dupla incriminação

ODS 16

O réu foi absolvido pela Justiça Eleitoral. Ocorre que, logo em seguida, foi denunciado, pelos mesmos fatos, na Justiça Estadual. Isso não é possível.

A sentença da Justiça Eleitoral foi proferida no exercício de verdadeira jurisdição criminal, de modo que o prosseguimento da ação penal na Justiça Estadual pelos mesmos fatos encontra óbice no princípio da vedação à dupla incriminação, também conhecido como *double jeopardy clause* ou, como é mais comum no direito brasileiro, o postulado do *ne bis in idem* (proibição da dupla persecução penal).

Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporados ao direito brasileiro com status supralegal, tratam da vedação à dupla incriminação.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.847.488-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/04/2021 (Info 719).

Imagine a situação hipotética:

João praticou as seguintes condutas:

- a) recebeu R\$ 500 mil de propina de uma empresa para praticar atos ilícitos como agente público;
- b) recebeu R\$ 300 mil de doações eleitorais, por meio de caixa 2, durante sua campanha eleitoral;
- c) ocultou a origem dos R\$ 500 mil de propina simulando ganhos com uma atividade lícita.

Em tese, quais foram os delitos praticados por João?

- a) corrupção passiva (art. 317 do CP);
- b) falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral);
- c) lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98).

Vale ressaltar que todos os crimes praticados são conexos.

Diante disso, como ficará a competência para julgar estes delitos? Qual será a Justiça competente?

Justiça eleitoral. Competirá à Justiça Eleitoral julgar todos os delitos.

A Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos.

STF. Plenário. Inq 4435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13 e 14/3/2019 (Info 933).
STJ. 5ª Turma. HC 612636-RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Rel. Acd. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/10/2021 (Info 713).

Ação de improbidade e ação penal na Justiça Eleitoral

O Ministério Público, com base nos fatos acima narrados, propôs, em desfavor de João:

- ação de improbidade administrativa na Justiça Estadual;
- ação penal na Justiça Eleitoral.

João foi absolvido na ação de improbidade administrativa. Essa absolvição produzirá efeitos obrigatórios no resultado do processo criminal?

NÃO.

A sentença absolutória por improbidade administrativa não vincula o resultado da ação penal, considerando que é proferida na esfera do direito administrativo sancionador, que é independente da instância penal, embora seja possível, em tese, considerar como elementos de persuasão os argumentos nela lançados:

Com efeito, há independência das instâncias, não cabendo a alegação da defesa de que a absolvição do réu na esfera cível deve ser estendida à ação criminal. Isso porque, no Processo Penal vigora o princípio da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz, de modo que é perfeitamente possível que o juízo criminal, analisando os elementos colhidos no decorrer da instrução probatória, de cognição mais ampla e exauriente, conclua pela autoria e materialidade do delito.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp n. 1.516.441/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/10/2019.

João foi absolvido também na Justiça Eleitoral. Ocorre que, logo em seguida, foi denunciado, pelos mesmos fatos, na Justiça Estadual. Isso é possível?

NÃO.

A sentença da Justiça Eleitoral foi proferida no exercício de verdadeira jurisdição criminal, de modo que o prosseguimento da ação penal na Justiça Estadual pelos mesmos fatos encontra óbice no princípio da vedação à dupla incriminação, também conhecido como *double jeopardy clause* ou, como é mais comum no direito brasileiro, o postulado do *ne bis in idem* (proibição da dupla persecução penal).

Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, § 2º, da CF/88). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, tratam da vedação à dupla incriminação.

Tendo o Ministério Público, instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/88) ajuizado duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, há violação à garantia contra a dupla incriminação.

O princípio da independência das instâncias não prevalece no caso concreto?

NÃO.

A independência de instâncias não permite, por si só, a continuidade da persecução penal na Justiça Estadual, haja vista que a decisão proferida na Justiça Especializada foi de natureza penal, e não cível. Tanto o processo resolvido na esfera eleitoral como o presente versam sobre crimes, e como tais se inserem na jurisdição criminal, una por natureza. O que diferencia as hipóteses de atuação da Justiça Comum Estadual e da Justiça Eleitoral, quando exercem jurisdição penal, é a sua competência; ambas, contudo, realizam julgamentos em cognição exauriente sobre a prática de condutas delitivas. Sendo distintas as imputações vertidas num e noutro processo, é certo que cada braço do Judiciário poderá julgá-

las; inobstante, tratando-se de acusações idênticas, não é o argumento genérico de independência entre as instâncias que permitirá o prosseguimento da ação penal remanescente.

Em suma:

O ajuizamento de duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, viola a garantia contra a dupla incriminação.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.847.488-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/04/2021 (Info 719).

TRIBUNAL DO JÚRI

**Juiz não pode unilateralmente alterar os prazos dos debates orais no Júri previstos no CPP;
no entanto, isso pode ser feito mediante acordo entre as partes**

Importante!!!

ODS 16

Considerado o rigor formal do procedimento do júri, não é possível que o juiz, unilateralmente, estabeleça prazos diversos daqueles definidos pelo legislador (art. 477 do CPP) para os debates orais, seja para mais ou para menos, sob pena de cancelar uma decisão contra legem.

Por outro lado, é possível que, no início da sessão de julgamento, mediante acordo entre as partes, seja estabelecida uma divisão de tempo que melhor se ajuste às peculiaridades do caso concreto.

STJ. 6ª Turma. HC 703.912-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Debates no Tribunal do Júri

No dia do julgamento do réu no Plenário do Tribunal do Júri, após ser realizada a instrução (oitiva de testemunhas, interrogatório etc.), tem início a fase de “debates” entre acusação e defesa (art. 476 do CPP).

Acusação começa:

Quem inicia expondo sua tese é o MP.

Se houver assistente de acusação, este falará logo depois do MP.

Deve-se ressaltar que o tempo do MP e do assistente é o mesmo. Eles vão ter que dividir o tempo entre eles.

Defesa depois:

Quando a acusação concluir, começa a defesa, que terá o mesmo tempo para expor sua tese.

Réplica:

Terminadas essas exposições, a acusação pode falar mais uma vez para refutar os argumentos defensivos e reafirmar a sua tese inicial. Trata-se do que chamamos de “réplica”.

A réplica é facultativa, ou seja, a acusação pode optar por não utilizá-la.

Se a acusação não quiser fazer a réplica, os debates se encerram e inicia-se a etapa de julgamento (obs.: a defesa não tem direito de exigir a tréplica se não houver réplica).

Vale ressaltar que o assistente de acusação tem direito à réplica mesmo que o MP não a exerça:

O assistente da acusação tem direito à réplica, ainda que o MP tenha anuído à tese de legítima defesa do réu e declinado do direito de replicar.

STJ. 5ª Turma. REsp 1343402-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/8/2014 (Info 546).

Tréplica:

Se a acusação decidir utilizar a réplica, quando ela encerrar sua exposição, a defesa terá direito de ir para a tréplica, de forma que a defesa fala por último.

Tempo dos debates orais no Júri	
Se for apenas um réu	Se forem dois ou mais réus: aumenta mais 1h
1) Acusação: 1h30min	1) Acusação: 2h30min
2) Defesa: 1h30min	2) Defesa: 2h30min
3) Réplica: 1h	3) Réplica: 2h
4) Tréplica: 1h	4) Tréplica: 2h

Se houver mais de um acusador (exs: um Promotor e um assistente de acusação) ou mais de um defensor, como fica essa divisão do tempo?

O tempo fica o mesmo e eles terão que combinar a divisão entre si.

Ex: imaginemos que seja um único réu. Além do Promotor, há também um assistente de acusação devidamente habilitado. O tempo para a acusação continuará sendo de 1h30min. Ele e o Promotor irão resolver entre si o quanto cada um falará, desde que a soma dos dois não ultrapasse 1h30min.

Mas e se eles não chegarem a um acordo?

O juiz dividirá o tempo, conforme prevê o § 1º do art. 477 do CPP:

Art. 477 (...)

§ 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

Vejamos agora a seguinte situação concreta envolvendo o júri da tragédia da Boate Kiss:

O juiz marcou para o dia 01/12/2021 o início do julgamento dos réus pelo Tribunal do Júri.

Na decisão que designou o júri, o magistrado determinou, unilateralmente, a ampliação do tempo de debate em Plenário do Júri, bem como de eventuais réplica e tréplica.

Como eram quatro réus, o tempo dos debates seria o seguinte:

- 1) Acusação: 2h30min
- 2) Defesa: 2h30min
- 3) Réplica: 2h
- 4) Tréplica: 2h

O juiz argumentou que, como as quatro defesas teriam que dividir entre si o prazo de 2h30min, ficaria 37 minutos para a defesa de cada réu, sendo esse prazo muito curto diante da complexidade do caso.

Assim, o magistrado, nessa decisão acima mencionada, ampliou os prazos, que ficaram assim:

- 1) Acusação: 6h
- 2) Defesa: 6h
- 3) Réplica: 4h
- 4) Tréplica: 4h

A defesa de um dos réus não concordou com essa ampliação argumentando que as partes não concordaram com a modificação e que esse procedimento poderá resultar em prejuízo à defesa, pois a acusação também terá o aumento do seu prazo. A defesa apontou, ainda, eventual desgaste físico e emocional, diante da longa duração do julgamento, o que poderá ensejar, inclusive, eventuais alegações de nulidade. Pediu, então, que fosse observado fielmente os prazos previstos no art. 477 do CPP.

A tese defensiva foi acolhida pelo STJ? A decisão que ampliou os prazos foi cassada?

SIM.

As normas processuais que regem o Júri e a plenitude de defesa precisam ser respeitadas, a fim de que sejam evitadas futuras alegações de nulidade.

Dessa forma, considerado o rigor formal do procedimento do Júri, não é possível que, unilateralmente, o juiz de primeiro grau estabeleça prazos diversos daqueles definidos pelo legislador, para mais ou para menos, sob pena de cancelar uma decisão *contra legem*.

Vale ressaltar, contudo, que é possível que, no início da sessão de julgamento, mediante acordo entre as partes, seja estabelecida uma divisão de tempo que melhor se ajuste às peculiaridades do caso concreto. Em outras palavras:

- juiz não pode unilateralmente alterar os prazos dos debates orais no Júri previstos no CPP.
- vale ressaltar, contudo, que isso pode ser feito se houver acordo entre as partes.

Mas qual seria o fundamento jurídico para esse acordo?

Seria uma negociação processual, o que é previsto no art. 190 do CPC e que pode ser aplicado ao processo penal com base no art. 3º do CPP:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

À vista de tal consideração, ponderadas as singularidades do caso em análise, em reforço ao que já prevê o art. 477 do CPP, constata-se a viabilidade de que as partes interessadas entrem em um consenso a fim de dilatar o prazo de debates, respeitados os demais princípios que regem o instituto do júri.

Como ficou o comando da decisão do STJ:

“À vista do exposto, concedo a ordem de habeas corpus para cassar o decisum de origem, no ponto em que modificou o prazo de debates, réplica e tréplica, sem prejuízo de que, no início da sessão de julgamento, mediante acordo entre as partes, seja estabelecida uma divisão de tempo que melhor se ajuste às peculiaridades do caso em questão.”

Em suma:

Considerado o rigor formal do procedimento do júri, não é possível que o juiz, unilateralmente, estabeleça prazos diversos daqueles definidos pelo legislador (art. 477 do CPP) para os debates orais, seja para mais ou para menos, sob pena de cancelar uma decisão *contra legem*.

Por outro lado, é possível que, no início da sessão de julgamento, mediante acordo entre as partes, seja estabelecida uma divisão de tempo que melhor se ajuste às peculiaridades do caso concreto.

STJ. 6ª Turma. HC 703.912-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

TRIBUNAL DO JÚRI

O art. 155 do CPP, ao proibir que a condenação se fundamente apenas em elementos colhidos durante a fase inquisitorial, tem aplicação também para as sentenças proferidas no Júri

Importante!!!

ODS 16

Os jurados não precisam motivar sua decisão (sistema da íntima convicção), no entanto, o Tribunal de 2ª instância precisa fazê-lo. Por isso, ao julgar a apelação da defesa, cabe ao Tribunal de Justiça (ou TRF) a tarefa de identificar quais foram as provas produzidas nos autos que demonstram a autoridade e a materialidade delitivas, bem como eventuais qualificadoras, sob pena de, não o fazendo, incorrer em negativa de prestação jurisdicional.

Se o Tribunal encontrar prova judicializada idônea, deverá manter a condenação e/ou a qualificadora.

Por outro lado, se não houver provas produzidas na forma do art. 155 do CPP, o Tribunal deverá dar provimento ao recurso, cassando a condenação.

Caso concreto: as qualificadoras foram baseadas apenas no depoimento prestado no inquérito policial por uma testemunha que ouviu dizer. Diante disso, o STJ decidiu cassar a sentença e submeter o réu a novo júri. Isso porque:

As qualificadoras de homicídio fundadas exclusivamente em depoimento indireto (*Hearsay Testimony*), violam o art. 155 do CPP, que deve ser aplicado aos veredictos condenatórios do Tribunal do Júri.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.916.733-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Luiz foi denunciado pelo crime de homicídio, com a imputação de duas qualificadoras (mediante paga e recurso que dificultou a defesa da vítima), nos termos do art. 121, § 2º, I e IV, do CP:

Art. 121. Matar alguém:

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

(...)

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

O réu foi pronunciado e levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo sido condenado a 17 anos de reclusão.

O condenado interpôs apelação, mas a condenação foi mantida.

Ainda inconformado, Luiz interpôs recurso especial alegando que não existem, nos autos, provas que sustentem as duas qualificadoras. Isso porque, dentre todos os elementos apresentados aos jurados, apenas o único indício da existência das qualificadoras seria o depoimento prestado por Rosana, durante o inquérito policial. Ocorre que essa testemunha se retratou em juízo, voltando atrás em relação às declarações que havia prestado na fase inquisitorial.

Logo, a defesa afirma que não existem provas, produzidas na fase judicial, que apontem a existência das qualificadoras. Desse modo, segundo a defesa, a manutenção das qualificadoras ofende aquilo que prevê o art. 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

O Ministério Público, em contrarrazões, sustentou que o art. 155 do CPP não se aplica para o Tribunal do Júri. Isso porque os jurados, com base em sua íntima convicção, poderiam utilizar elementos informativos colhidos no inquérito policial para se convencer no sentido de que o réu é culpado.

O que foi decidido? O art. 155 do CPP, ao proibir que a condenação se fundamente apenas em elementos colhidos durante a fase inquisitorial, tem aplicação também para as sentenças proferidas no Tribunal do Júri?

SIM. O STJ acolheu a tese da defesa.

Mas e a íntima convicção?

Os jurados não precisam motivar sua decisão, mas o Tribunal de apelação precisa fazê-lo. Por isso, ao julgar a apelação da defesa, cabe ao Tribunal de Justiça (ou TRF) a tarefa de identificar quais foram as provas produzidas nos autos que demonstram a autoridade e a materialidade delitivas, bem como eventuais qualificadoras, sob pena de, não o fazendo, incorrer em negativa de prestação jurisdicional. Com isso, a partir das provas elencadas pelo Tribunal no acórdão, torna-se possível verificar quais foram produzidas no processo judicial e quais nem se enquadram tecnicamente como provas, porquanto oriundas apenas do inquérito.

Como a decisão dos jurados não é motivada, não se sabe quais foram os elementos nos quais eles se basearam.

Desse modo, o Tribunal de Justiça (ou TRF), ao julgar a apelação da defesa, deverá indicar quais são as provas dos autos que corroboram a condenação e as qualificadoras.

Se o Tribunal encontrar prova judicializada idônea, deverá manter a condenação e/ou a qualificadora. Por outro lado, se não houver provas produzidas na forma do art. 155 do CPP, o Tribunal deverá dar provimento ao recurso, cassando a condenação.

Conforme explica o Min. Ribeiro Dantas:

“(…) se existem provas judicializadas e elementos inquisitoriais quanto a determinado elemento do crime (de acordo com o exame do acervo fático-probatório feito pelo Tribunal local), realmente não é possível saber em quais os jurados basearam seus votos, e aqui não há ofensa ao art. 155 do CPP. Diferentemente, se não há nenhuma prova judicializada, o veredito condenatório só pode ter buscado fundamento nos elementos do inquérito que foram apresentados ao júri, e isso efetivamente contraria o art. 155 do CPP.”

Interpretação sistemática e finalística do art. 155 combinado com o art. 473, § 3º, do CPP

O art. 473, § 3º do CPP prevê o seguinte:

Art. 473 (...)

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

Chama atenção no texto legal a omissão quanto às demais peças oriundas do inquérito. Por que o legislador fez isso? Para minimizar, tanto quanto possível, a influência dos elementos informativos colhidos na fase pré-processual sobre a convicção dos jurados.

Voltando ao caso concreto:

Não foi produzida qualquer prova em juízo que corrobore as declarações de Rosana, de modo que a manutenção das qualificadoras com base nesse depoimento viola o art. 155 do CPP.

Há, ainda, outro problema com o depoimento de Rosana. Ela não presenciou os fatos, mas apenas informou na esfera policial o que seu marido a havia contado. Seu testemunho classifica-se, assim, como indireto, também conhecido como testemunho de “ouvir dizer” ou *hearsay testimony*, na expressão de língua inglesa. Ocorre que a prova testemunhal dessa espécie não é aceita pela jurisprudência do STJ nem para subsidiar a pronúncia. Logo, com mais razão, não pode ser admitido para condenar o réu:

O testemunho de “ouvir dizer” (*hearsay*) não é suficiente para fundamentar a pronúncia.
STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 668.407/RS, Rel. Min. Dantas Ribeiro, julgado em 19/10/2021.

Em suma:

As qualificadoras de homicídio fundadas exclusivamente em depoimento indireto (*Hearsay Testimony*), violam o art. 155 do CPP, que deve ser aplicado aos veredictos condenatórios do Tribunal do Júri.
STJ. 5ª Turma. REsp 1.916.733-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

Sobre o tema, no mesmo sentido, mas tratando especificamente da fase de pronúncia:

Não é possível a pronúncia do acusado baseada exclusivamente em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial

Haverá violação ao art. 155 do CPP. Além disso, muito embora a análise aprofundada seja feita somente pelo Júri, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório colhido sob o contraditório judicial, fundada exclusivamente em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial.

STJ. 5ª Turma. HC 560.552/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 23/02/2021.

STJ. 6ª Turma. HC 589.270, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/02/2021.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSQN

É legítima a incidência do ISSQN nas prestações de serviços de reparos navais em embarcações de bandeira estrangeira em águas marítimas no território nacional

ODS 16

Exemplo: “M” é uma empresa brasileira, localizada em Santos (SP), que tem por atividade principal a prestação de serviços de reparo e manutenção de navios e outras embarcações. Vale ressaltar que a empresa detém tecnologia para fazer os consertos nas embarcações sem que elas precisem atracar. Assim, os serviços podem ser realizados em alto mar. “M” foi contratada para fazer reparos em um navio de bandeira estrangeira, que estava em águas marítimas do Brasil. O serviço foi executado e a empresa paga por isso. “M” deverá pagar ISSQN sobre esse serviço realizado.

No caso, os serviços são prestados em território nacional porque as embarcações estrangeiras se encontram em águas marítimas brasileiras. Não se pode falar que seja no exterior. Nesse sentido:

LC 116/2003: Art. 3º (...) § 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.805.226-SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/11/2021 (Info 719).

ISSQN

O ISSQN significa Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Algumas vezes, você encontrará apenas a sigla ISS. É a mesma coisa.

Trata-se de um tributo de competência dos Municípios.

Em âmbito nacional, o ISSQN é disciplinado pela LC 116/2003, que estabelece suas normas gerais. Vale ressaltar, no entanto, que cada Município, para cobrar este imposto, precisa editar uma lei ordinária municipal tratando sobre o assunto. Esta lei local, obviamente, não pode contrariar a LC 116/2003 nem prever serviços que não estejam expressos na lei federal.

Fato gerador

O ISSQN incide sobre a prestação dos serviços listados no anexo da LC 116/2003.

Confira o texto constitucional:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

(...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Veja agora o que diz o art. 1º da LC 116/2003:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Exemplos: quando o médico atende o paciente em uma consulta, ele presta um serviço, sendo isso fato gerador do ISSQN; quando o cabeleireiro faz uma escova progressiva na cliente, ele também presta um serviço e deverá pagar ISSQN.

Todos os serviços que estão sujeitos ao pagamento de ISSQN encontram-se previstos na lista anexa à LC 116/2003. Se não estiver nesta lista, não é fato gerador deste imposto. Vale ressaltar que esta lista é taxativa (exaustiva).

A realização de reparos em navios e outras embarcações é uma espécie de serviço previsto na lista da LC 116/2003 e, portanto, sujeito ao pagamento de ISSQN?

SIM. A prestação de serviços de reparos e manutenção de navios e embarcações pode ser enquadrada nos seguintes itens da lista anexa à LC 116/2003:

(...)

14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

14.02 – Assistência técnica.

14.03 – Recondicionamento de motores (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

14.04 – Recauchutagem ou regeneração de pneus.

14.05 - Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, plastificação, costura, acabamento, polimento e congêneres de objetos quaisquer.

14.06 – Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido.

Imagine agora a seguinte situação adaptada:

Metalock Ltda. é uma empresa brasileira, sediada em Santos (SP), que tem por atividade principal a prestação de serviços de reparo e manutenção de navios e outras embarcações.

Vale ressaltar que a empresa detém tecnologia para fazer os consertos nas embarcações sem que elas precisem atracar. Assim, os serviços podem ser realizados em alto mar.

A Metalock foi contratada para fazer reparos em um navio de bandeira estrangeira, que estava em águas marítimas do Brasil.

O serviço foi executado e a empresa paga por isso.

O Município de Santos (SP) cobrou ISSQN da Metalock por esse serviço realizado.

A empresa refutou a cobrança afirmando que o serviço foi realizado em águas marítimas, de forma que, em tese, nem pode ser considerado território brasileiro. Logo, argumentou que houve uma exportação do serviço, situação na qual não incide o imposto, nos termos do art. 2º, I, da LC 116/2003:

Art. 2º O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País;

(...)

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

Para o STJ, o imposto é devido nesse caso?

SIM.

Conforme explicado, a empresa contribuinte alegou que o ISSQN não incidiria sobre o serviço por ela prestado porque foi realizado em embarcação de bandeira estrangeira, local que é considerado território estrangeiro. Logo, o resultado do serviço se traduziria em verdadeira exportação para o exterior, nos termos do art. 2º, I, da LC 116/2003.

Ocorre que o parágrafo único restringe a abrangência do inciso I do art. 2º. Esse parágrafo único afirma que não se considera exportação de serviço para o exterior se o resultado do serviço se verificar no Brasil. Veja novamente:

Art. 2º O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País;

(...)

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

O STJ, ao interpretar o parágrafo único, restringe ainda mais o conceito de exportação de serviços. Para o Tribunal, somente se considera que houve efetiva exportação do serviço desenvolvido se ela não produziu efeitos ou consequências no Brasil. Confira:

(...) 3. Assim, nos termos dos precedentes desta Corte, a exegese do art. 2º, inciso I, p. ú., da LC 116/03, não se aplica quando os serviços são realizados em território brasileiro e o resultado aqui se verifique.

4. Com efeito, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter consequências ou produzir efeitos. (...)

STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 1.446.639/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 24/09/2019.

No caso, os serviços são prestados em território nacional porque as embarcações estrangeiras se encontram em águas marítimas brasileiras. Não se pode falar que seja no exterior.

De igual forma, o resultado dos serviços ocorre em solo nacional, uma vez que a feitura de reparos e a manutenção dos navios se mostram úteis desde logo para os tomadores/contratantes do serviço, que

deles passam a usufruir ainda em águas nacionais, não se configurando, com isso, a sustentada hipótese de exportação de serviços.

Por fim, não se sustenta a tese de que, por se tratarem de embarcações que ostentariam o status de território estrangeiro, caracterizada estaria a exportação do serviço para o exterior do País, capaz de arredar a incidência do ISSQN, como dispõe o art. 2º, I, da LC 116/2003.

Tal percepção é, na verdade, afastada pela literalidade do art. 3º, § 3º, da LC 116/2003, que diz:

Art. 3º (...)

§ 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

Em suma:

É legítima a incidência do ISSQN nas prestações de serviços de reparos navais em embarcações de bandeira estrangeira em águas marítimas no território nacional.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.805.226-SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/11/2021 (Info 719).

EXECUÇÃO FISCAL

O sócio só pode ser atingido pelo redirecionamento fundado na dissolução irregular se ele era administrador no momento dessa dissolução; se havia saído antes, em regra, não poderá ser responsabilizado

Importante!!!

ODS 16

O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercessem poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III do CTN.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.377.019-SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 24/11/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 962) (Info 719).

Execução fiscal

Execução fiscal é a ação judicial proposta pela Fazenda Pública (União, Estados, DF, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações) para cobrar do devedor créditos (tributários ou não tributários) inscritos em dívida ativa.

A execução fiscal é regida pela Lei nº 6.830/80 (LEF) e, subsidiariamente, pelo CPC.

Redirecionamento

Quando a Fazenda Pública ajuíza uma execução fiscal contra a empresa e não consegue localizar bens penhoráveis, o CTN prevê a possibilidade de o Fisco REDIRECIONAR a execução incluindo no polo passivo como executadas algumas pessoas físicas que tenham relação com a empresa, desde que fique demonstrado que elas praticaram atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. É o que prevê o art. 135 do CTN:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, os sócios, como regra geral, não respondem pessoalmente (com seu patrimônio pessoal) pelas dívidas da sociedade empresária. Isso porque vigora o princípio da autonomia jurídica da pessoa jurídica em relação aos seus sócios. A pessoa jurídica possui personalidade e patrimônio autônomos, que não se confundem com a personalidade e patrimônio de seus sócios. No entanto, se o sócio praticou atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III), ele utilizou o instituto da personalidade jurídica de forma fraudulenta ou abusiva, podendo, portanto, ser responsabilizado pessoalmente pelos débitos.

Vale ressaltar, no entanto, que o simples fato de a pessoa jurídica estar em débito com o Fisco não autoriza que o sócio pague pela dívida com seu patrimônio pessoal. É necessário – repito – que ele tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III). A fim de que não houvesse dúvidas quanto a isso, o STJ editou o seguinte enunciado:

Súmula 430-STJ: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

A dissolução irregular da empresa caracteriza infração à lei

Uma das situações mais comuns em que ocorre o redirecionamento da execução fiscal é quando a empresa é dissolvida irregularmente. Se isso acontece, a jurisprudência entende que houve infração à lei (art. 135 do CTN), já que o procedimento para a extinção de sociedades empresárias é disciplinado em lei, devendo ser cumprida uma série de formalidades, de sorte que se essa dissolução ocorre de forma irregular, a legislação está sendo desrespeitada.

Assim, a dissolução irregular constitui, por si só, ato de infração à lei e autoriza o redirecionamento (para a cobrança da dívida ativa tributária e da não tributária).

Empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal e não comunica aos órgãos competentes, presume-se que foi dissolvida irregularmente

Domicílio tributário (ou fiscal) é o lugar, cadastrado na repartição tributária, onde o sujeito passivo poderá ser encontrado pelo Fisco. Dessa feita, se a Administração Tributária tiver que enviar uma notificação fiscal para aquele contribuinte, deverá encaminhar para o endereço constante como seu domicílio fiscal.

As regras para a definição do domicílio tributário estão previstas no art. 127 do CTN.

Se a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, presume-se que ela deixou de existir (foi dissolvida). E o pior: foi dissolvida de forma irregular, o que caracteriza infração à lei e permite o redirecionamento da execução.

Assim, por exemplo, em uma execução fiscal, caso não se consiga fazer a citação da empresa porque ela não mais está funcionando no endereço indicado como seu domicílio fiscal, será possível concluir que ela foi dissolvida irregularmente, ensejando o redirecionamento da execução, conforme entendimento sumulado do STJ:

Súmula 435-STJ: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Segundo explica o Min. Mauro Campbell Marques ao comentar a origem da súmula, “o sócio-gerente tem o dever de manter atualizados os registros empresariais e comerciais, em especial quanto à localização da empresa e a sua dissolução. Ocorre aí uma presunção da ocorrência de ilícito. Este ilícito é justamente a não obediência ao rito próprio para a dissolução empresarial (...)” (REsp 1.371.128-RS).

No mesmo sentido, veja a lição do Juiz Federal Mateus Pontalti:

“Como se observa do enunciado, se a pessoa jurídica não for encontrada no endereço que informou ao fisco como sendo o do local em que exerce suas atividades, há uma presunção de que ocorreu a sua dissolução irregular. Isso ocorre com frequência em execuções fiscais movidas pelas fazendas públicas. O Oficial de Justiça dirige-se até a sede do estabelecimento e não encontra a pessoa jurídica. Nesse caso, o fisco pode pedir o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes ou administradores, utilizando-se como fundamento o artigo 135, inciso III, do CTN, e a Súmula 435 do STJ.” (PONTALTI, Mateus. *Manual de Direito Tributário*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021, p. 361-362).

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

A empresa Móveis Henrique Ltda. foi dissolvida, em 2020, sem cumprir as formalidades exigidas pela legislação. Houve, portanto, dissolução irregular.

Em 2021, o Fisco ajuizou execução fiscal contra a empresa.

Como ela havia encerrado suas atividades, não foi localizada no endereço informado à Junta Comercial, presumindo-se então a dissolução irregular (Súmula 435-STJ).

Diante disso, a exequente pediu para que a execução fiscal fosse redirecionada para cobrar a dívida de João, que, no momento em que ocorreu o fato gerador (em 2016), era o sócio administrador da empresa.

Defesa de João

João apresentou embargos à execução alegando que, em 2018, ele se retirou formalmente do quadro societário da empresa, tendo essa alteração contratual sido registrada na Junta Comercial.

Logo, o redirecionamento não pode recair contra ele, já que não foi responsável pela dissolução irregular. Também afirmou que nunca praticou qualquer ato com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos.

O argumento invocado por João deve ser aceito?

SIM.

A responsabilidade pelo débito tributário deve recair sobre aquele que praticou o fato ensejador da responsabilidade.

O Fisco alega que houve infração de lei porque a sociedade empresária foi dissolvida irregularmente. Se o ex-sócio se desligou da sociedade antes dessa dissolução irregular, ele não praticou a infração de lei e não pode ser por ela responsabilizado.

Em outras palavras, não tendo o ex-sócio concorrido para a dissolução irregular da pessoa jurídica executada, não pode ele ser responsabilizado por este fato. Conforme já explicado, o simples inadimplemento da obrigação tributária pela pessoa jurídica (ocorrido em 2016) não gera, por si só, a responsabilidade do sócio-gerente, tal como dispõe a Súmula 430 do STJ.

Nesse sentido:

O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular ou em ato que presuma sua ocorrência - encerramento das atividades empresariais no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes (Súmula 435/STJ) -, pressupõe a permanência do sócio na administração da sociedade no momento dessa dissolução ou do ato presumidor de sua ocorrência, uma vez que, nos termos do art. 135, caput, III, CTN, combinado com a orientação constante da Súmula 435/STJ, o que desencadeia a responsabilidade tributária é a infração de lei evidenciada na existência ou presunção de ocorrência de referido fato.

STJ. 2ª Turma. REsp 1520257/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16/06/2015.

Obviamente, ficam ressalvados dessa conclusão acima exposta os casos de fraude, simulação e ilícitos análogos, na dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, bem assim as hipóteses em que o sócio-gerente que se retirou tenha praticado, quando do fato gerador, ato com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos.

Assim, se o Fisco tivesse conseguido apontar algum ato de João no qual ele tivesse atuado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, poderia ser responsabilizado. Ele não tem, contudo, responsabilidade pela dissolução irregular.

Em suma:

O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercessem poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III do CTN.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.377.019-SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 24/11/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 962) (Info 719).

Portaria PGFN 180/2010

Vale ressaltar que a própria Fazenda Nacional aceita esse entendimento, conforme se percebe pelo art. 2º, parágrafo único, da Portaria PGFN nº 180/2010, alterada pela Portaria PGFN nº 713/2011:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, deverão ser considerados responsáveis solidários:

I - os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução irregular;

II - os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução irregular, bem como os à época do fato gerador, quando comprovado que a saída destes da pessoa jurídica é fraudulenta.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

APOSENTADORIA ESPECIAL

O critério do pico de ruído pode ser adotado para a concessão de aposentadoria especial?

ODS8E16

O reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente nocivo ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, deve ser aferido através do Nível de Exposição Normalizado (NEN).

Ausente tal informação, deverá ser adotado como critério o nível máximo de ruído (pico de ruído), desde que perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.886.795-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/11/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 1083) (Info 719).

Aposentadoria especial

Aposentadoria especial é aquela cujos requisitos e critérios exigidos do beneficiário são mais favoráveis que os estabelecidos normalmente para as demais pessoas.

O art. 57 da Lei nº 8.213/91 trata sobre a aposentadoria especial no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e prevê que esta será concedida às pessoas que trabalhem em condições que prejudiquem a sua saúde ou integridade física:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

O § 3º do art. 57, por sua vez, afirma que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência, ao segurado que comprovar tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado em lei, sendo certo que a exigência legal de habitualidade e permanência não pressupõe a exposição contínua ao agente nocivo durante toda a jornada de trabalho:

Art. 57. (...)

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

Desse modo, se a pessoa fica exposta a agentes nocivos que tornem suas condições de trabalho insalubres, perigosas ou penosas, ela poderá ter direito à aposentadoria especial. Esses agentes nocivos estão previstos em Decretos do Presidente da República, conforme autoriza a Lei nº 8.213/91:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

Ruído

Um dos agentes considerados nocivos e que dão direito à aposentadoria é o ruído. Assim, se ficar comprovado que o indivíduo trabalhou durante 25 anos sujeito a ruído em níveis superiores aos que são permitidos pela legislação, ele terá direito à aposentadoria especial.

A partir de quantos decibéis o ruído é considerado atividade especial?

Antes do Decreto 2.171/97 (até 05/03/1997)	Acima de 80 decibéis
Depois do Decreto 2.171/97 e antes do Decreto 4.882/2003 (de 06/03/1997 até 18/11/2003)	Acima de 90 decibéis
A partir do Decreto 4.882/2003 (de 19/11/2003 até hoje)	Acima de 85 decibéis

O STJ decidiu que o limite de ruído estabelecido pelo Decreto 4.882/2003 (85dB), mesmo sendo mais favorável ao trabalhador, não pode retroagir para ser aplicado em trabalhos ocorridos no período de vigência do Decreto 2.171/97.

Em outras palavras, o limite de 85 dB não vale para os trabalhos realizados antes da vigência do Decreto 4.882/2003.

Nesse contexto, deve-se aplicar a lei vigente à época em que a atividade foi exercida para embasar o reconhecimento do tempo de serviço prestado sob condições especiais, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

Ex: Joaquim trabalhou de 1994 a 2006 em uma indústria operando máquina que produzia ruídos de 87dB(A). Quanto tempo ele trabalhou em atividade especial?

De 1994 a 1997 (na vigência do Decreto 2.171/97) e de 2003 a 2006 (quando entrou em vigor o Decreto 4.882/2003). No período entre 1997 e 2003, seu trabalho não foi considerado especial e o fato de o

Decreto 4.882/2003 ter reduzido o limite não serve para retroagir e alcançar situações ocorridas antes de sua vigência.

O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC).

STJ. 1ª Seção. REsp 1398260-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14/5/2014 (Recurso Repetitivo - Tema 694) (Info 541).

Como é feita a comprovação do ruído?

A Lei nº 8.213/91 exige que a comprovação da efetiva exposição do Segurado ao agente nocivo seja feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS:

Art. 58 (...)

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

(...)

No momento da rescisão do contrato de trabalho, a empresa deverá fornecer ao empregado o PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário) informando as atividades por ele desempenhadas e se estava sujeito a condições nocivas:

Art. 58 (...)

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento.

Trata-se do chamado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP).

Me explique melhor o que é esse Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)...

O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é um documento que mostra o histórico laboral do trabalhador, reunindo diversas informações sobre o seu trabalho, inclusive a respeito das condições em que ele exercia suas atividades, se estava exposto a agentes nocivos, se a empresa fornecia EPI etc.

Os dados que precisam constar no PPP estão previstos em instrução normativa do INSS, devendo esse documento ser atualizado sempre que houver novas informações que impliquem na mudança do seu conteúdo. Pelo menos uma vez por ano o PPP deverá ser atualizado.

O PPP será impresso quando ocorrer a rescisão do contrato de trabalho ou sempre que solicitado pelo trabalhador, para fins de requerimento de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais. O INSS (e outras autoridades) também poderá solicitar da empresa uma cópia do PPP.

Vale ressaltar que o PPP deverá indicar o nome do profissional legalmente habilitado que foi o responsável por avaliar a existência ou não dos agentes nocivos ambientais.

O PPP será assinado pelo representante legal da empresa.

E sobre LTCAT, você já ouviu falar?

LTCAT é a sigla para Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho.

Trata-se de um documento, emitido pelo médico do trabalho ou pelo engenheiro de segurança do trabalho, que descreve as circunstâncias em que o trabalho era exercido e se o empregado estava exposto a agentes insalubres.

O LTCAT também é mencionado pelo § 1º do art. 58 acima transcrito. Veja que o dispositivo fala em “laudo técnico de condições ambientais do trabalho”.

Desse modo, o PPP (formulário) é preenchido com base no laudo e se presume que as informações nele contidas são verídicas, sendo dispensável a produção de novo laudo para embasar o documento.

Para ter direito à aposentadoria especial o trabalhador deverá apresentar ao INSS o LTCAT ou o PPP?

Isso é um pouco confuso. Com relação a alguns períodos, é necessário apenas o LTCAT; para outros, apenas o PPP; e há ainda determinados interregnos nos quais é indispensável a apresentação dos dois.

Veja, apenas a título de curiosidade (não importa para concursos), o texto da Instrução Normativa nº 77/2015, do INSS:

Da caracterização de atividade exercida em condições especiais

Art. 258. Para caracterizar o exercício de atividade sujeita a condições especiais o segurado empregado ou trabalhador avulso deverá apresentar, original ou cópia autenticada da Carteira Profissional- CP ou da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, observado o art. 246, acompanhada dos seguintes documentos:

I - para períodos laborados até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 1995:

a) os antigos formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais emitidos até 31 de dezembro de 2003, e quando se tratar de exposição ao agente físico ruído, será obrigatória a apresentação, também, do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT; ou

b) Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP emitido a partir de 1 de janeiro de 2004;

II - para períodos laborados entre 29 de abril de 1995, datada publicação da Lei nº 9.032, de 1995, a 13 de outubro de 1996, véspera da publicação da MP nº 1.523, de 1996:

a) os antigos formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais emitidos até 31 de dezembro de 2003, e quando se tratar de exposição ao agente físico ruído, será obrigatória a apresentação do LTCAT ou demais demonstrações ambientais arroladas no inciso V do caput do art. 261; ou

b) Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP emitido a partir de 1 de janeiro de 2004;

III - para períodos laborados entre 14 de outubro de 1996, data da publicação da MP nº 1.523, de 1996 a 31 de dezembro de 2003, data estabelecida pelo INSS em conformidade com o determinado pelo § 3º do art. 68 do RPS:

a) os antigos formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais emitidos até 31 de dezembro de 2003 e, LTCAT para exposição a qualquer agente nocivo ou demais demonstrações ambientais arroladas no inciso V do caput do art. 261; ou

b) Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP emitido a partir de 1 de janeiro de 2004;

IV - para períodos laborados a partir de 1º de janeiro de 2004, o documento a ser apresentado deverá ser o PPP, conforme estabelecido por meio da Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 5 de dezembro de 2003, em cumprimento ao § 3º do art. 68 do RPS.

Imagine agora a seguinte situação hipotética necessária para explicar o julgado do STJ:

João é operador de máquinas e trabalha diariamente sujeito a agentes nocivos (ruídos).

Depois de anos trabalhando, João requereu a concessão de aposentadoria especial perante o INSS.

A autarquia, porém, não considerou como atividade especial dois períodos de trabalho, alegando que, a partir da Decreto nº 4.882/2003 se tornou exigível, no LTCAT e no PPP, a menção expressa ao critério Nível

de Exposição Normalizado - NEN (também chamado de média ponderada) em nível superior à pressão sonora de 85 dB.

Diante disso, João ingressou com ação contra o INSS, postulando a concessão do benefício de aposentadoria especial, alegando que, na época, entre 1987 a 1996, não havia documentos comprobatórios da média ponderada, mas há prova judicial do nível máximo aferido (critério “pico de ruído”).

O Juiz Federal e o TRF4 concordaram com o pedido do autor e reconheceram seu direito de computar o tempo como especial, mesmo não tendo sido apresentada a média de intensidade do ruído aferido no ambiente de trabalho.

O TRF4 concluiu ser suficiente que o nível máximo de ruído aferido (pico) seja superior ao limite de tolerância para que a parte faça jus ao reconhecimento da atividade especial, em que pese a média restar inferior aos limites estabelecidos pela norma previdenciária.

O INSS recorreu ao STJ.

O STJ manteve o acórdão do TRF4? É possível o reconhecimento do exercício de atividade especial pela exposição a agente nocivo (ruído) mesmo que esteja ausente a informação do Nível de Exposição Normalizado (NEN)?

SIM, desde que:

- (i) adotado como critério o nível máximo de ruído (pico de ruído); e que
- (ii) a perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo.

Vamos entender com calma.

O STJ analisou se seria possível o reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, considerando-se apenas o nível máximo aferido (critério “pico de ruído”), a média aritmética simples ou o Nível de Exposição Normalizado (NEN).

O NEM, estabelecido pela FUNDACENTRO (Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho), representa o nível médio de ruído convertido para uma jornada padrão de 8h de trabalho.

Foi somente com a edição do Decreto nº 4.882/2003 que se tornou exigível, no LTCAT e no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), a referência ao critério Nível de Exposição Normalizado - NEN (também chamado de média ponderada) em nível superior à pressão sonora de 85 dB, a fim de permitir que a atividade seja computada como especial.

Assim para os períodos anteriores à edição do referido Decreto não há que se requerer a demonstração do NEN, visto que a comprovação do tempo de serviço especial deve observar o regramento legal em vigor por ocasião do desempenho das atividades.

Ademais, não cabe aferir a especialidade do labor mediante adoção do cálculo pela média aritmética simples dos diferentes níveis de pressão sonora, pois esse critério não leva em consideração o tempo de exposição ao agente nocivo durante a jornada de trabalho.

E se a atividade especial somente for reconhecida em juízo, sem indicação do NEN no PPP ou no próprio LTCAT?

Caberá ao julgador solver a controvérsia com base na perícia técnica a ser realizada judicialmente. Isso porque, segundo o art. 369 do CPC/2015:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Nesse sentido já se firmou a jurisprudência pátria, conforme se verifica da Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

Súmula 198-TRF*: Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.

Dentro desse contexto, é possível concluir que o parâmetro inicialmente a ser adotado e previsto na lei é o da FUNDACENTRO (NEN). Ausente essa informação, é possível ao magistrado, amparado por laudo pericial produzido com observância ao contraditório, reconhecer a especialidade do labor do segurado exposto a ruídos variáveis adotando o critério do pico máximo, desde que comprovada a habitualidade da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço, por força do art. 65 do Decreto nº 3.048/99.

* O que era o Tribunal Federal de Recursos (TFR)? Foi criado pela Constituição de 1946 e instalado em 1947 como segunda instância da Justiça Federal. Com a Constituição de 1988, o TFR foi extinto e, em seu lugar, criados os Tribunais Regionais Federais. Os membros, servidores e estrutura do extinto TFR serviram de base para o recém-criado STJ.

Tese fixada pelo STJ:

O reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente nocivo ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, deve ser aferido através do Nível de Exposição Normalizado (NEN).

Ausente tal informação, deverá ser adotado como critério o nível máximo de ruído (pico de ruído), desde que perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.886.795-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/11/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 1083) (Info 719).

DIREITO INTERNACIONAL

EXPULSÃO

É proibida a expulsão caso o estrangeiro tenha filho brasileiro e ele esteja sob a sua guarda ou dependência socioafetiva, o que pode ser comprovado por uma declaração da mãe da criança

Importante!!!

ODS 16

É inviável a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira que se encontre sob sua dependência socioafetiva.

Vale ressaltar que, no caso concreto, a única prova trazida aos autos foi uma declaração fornecida pela genitora da criança, na qual ela afirma que o paciente, em vias de ser expulso do Brasil, sempre assistiu, afetiva e materialmente, o infante.

STJ. 1ª Seção. HC 666.247-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10/11/2021 (Info 719).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Kaba, nacional da Nigéria, está preso no Brasil, cumprindo pena de 5 anos de reclusão pela prática de crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006).

O Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, consubstanciado na Portaria 22/2018, determinou a expulsão de Kaba do território brasileiro.

A advogada de Kaba impetrou *habeas corpus* perante o STJ.

A impetrante alegou que o paciente possui filho brasileiro nascido da relação com a brasileira Joyce e, portanto, não pode ser expulso, tendo em vista a proibição constante no art. 55, II, “a”, da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração):

Art. 55. Não se procederá à expulsão quando:

(...)

II - o expulsando:

a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;

O pedido da defesa foi acolhido?

SIM.

É inviável a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira que se encontre sob sua dependência socioafetiva.

STJ. 1ª Seção. HC 666.247-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10/11/2021 (Info 719).

Deve ser ressaltado um ponto interessante nesse julgado.

A defesa juntou, na petição do *habeas corpus*, como única prova, uma declaração fornecida por Joyce, genitora da criança, na qual ela afirma que o paciente sempre assistiu, afetiva e materialmente, o filho. Confira o teor:

DECLARAÇÃO

“Eu, Joyce (...) portadora do RG: xxx e do CPF: xxx, venho através desta, afirmar que Kaba é o pai do meu filho xxx, e que ele nunca nos abandonou, sempre esteve conosco. Estamos muito precisando dele aqui, ele trabalha no presídio e sempre que pode me ajuda aqui fora. Pois eu e nosso filho xxx precisamos muito dele aqui conosco, o xxx pergunta sempre dele pois, ele sempre foi um ótimo pai para ele, e sempre presente. Muito companheiro comigo principalmente na educação, no cuidado com a saúde e alimentação do nosso filho. Meu todo respeito a ele pois nunca nos abandonou.”

O STJ, analisando esse documento, entendeu que não ficou comprovada a dependência econômica, tendo em vista que o paciente está preso há mais de 3 anos e não há nenhuma prova de que ele, de dentro do cárcere, está ajudando materialmente seu filho.

Por outro lado, o STJ considerou que essa declaração comprova que permanece presente a relação socioafetiva entre o pai e o filho.

Não é possível exigir do paciente a produção de outras provas que demonstrem o vínculo socioafetivo entre ele e seu filho porque esse vínculo é de natureza afetiva, sentimental e, portanto, consiste em produção de uma prova impossível.

Vale ressaltar que a Lei prevê que a dependência pode ser econômica ou afetiva, de forma que a presença de um único desses requisitos já se mostra suficiente para o reconhecimento do direito do estrangeiro a permanecer em território nacional.

O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF/88), direciona, no caso, para solução que privilegie a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, também, com a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA).

Quer saber mais sobre expulsão?

Veja o Info 1007 do STF, no qual fiz uma revisão sobre o tema, tendo o STF decidido:

É inadmissível a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, dependente socioafetivo ou econômico, mesmo que o crime ensejador da expulsão tenha ocorrido em momento anterior ao reconhecimento ou adoção do filho.

O Estado deve garantir a proteção especial à família e a proteção integral às crianças e aos adolescentes, sendo o convívio familiar uma das mais expressivas projeções dos direitos sociais.

Além disso, a dependência econômica não é o único fator a impedir a expulsão de estrangeiros com filhos brasileiros. A dependência socioafetiva também constitui fato juridicamente relevante apto a obstar o processo expulsório.

Nesse sentido, o art. 55, II, “a”, da Lei nº 13.445/2017 expressamente prevê que “Não se procederá à expulsão quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela”.

Evidencia-se, portanto, que o próprio legislador infraconstitucional erigiu a socioafetividade à condição de causa impeditiva da expulsão.

STF. Plenário. RHC 123891 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 23/2/2021 (Info 1007).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A norma de edital que impede a participação de candidato em processo seletivo simplificado em razão de anterior rescisão de contrato por conveniência administrativa fere o princípio da razoabilidade. ()
- 2) Não é possível impor a provedores de aplicações de pesquisa na internet o ônus de instalar filtros ou criar mecanismos para eliminar de seu sistema a exibição de resultados de links contendo o documento supostamente ofensivo. ()
- 3) Há previsão legal atribuindo aos provedores de aplicações que oferecem serviços de e-mail, o dever de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas. ()
- 4) À luz do código de defesa do consumidor, o provedor de aplicações que oferece serviços de e-mail pode ser responsabilizado pelos danos materiais decorrentes da transferência de bitcoins realizada por hacker, por se tratar de fortuito externo. ()
- 5) Não se comunicam, na partilha decorrente de divórcio, os bens adquiridos por uma das partes antes do casamento, no período de namoro. ()
- 6) É cabível o pedido de habilitação de crédito da Fazenda Pública na falência desde que suspensa a execução fiscal. ()
- 7) É possível a execução provisória da multa cominatória mesmo antes da prolação de sentença de mérito. ()
- 8) O ajuizamento de duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, viola a garantia contra a dupla incriminação. ()
- 9) Considerado o rigor formal do procedimento do júri, não é possível que o juiz, unilateralmente, estabeleça prazos diversos daqueles definidos pelo legislador (art. 477 do CPP) para os debates orais, seja para mais ou para menos, sob pena de cancelar uma decisão contra legem. ()
- 10) É possível que, no início da sessão de julgamento, mediante acordo entre as partes, seja estabelecida uma divisão de tempo que melhor se ajuste às peculiaridades do caso concreto. ()
- 11) As qualificadoras de homicídio fundadas exclusivamente em depoimento indireto (Hearsay Testimony), violam o art. 155 do CPP, que deve ser aplicado aos veredictos condenatórios do Tribunal do Júri. ()
- 12) Não é legítima a incidência do ISSQN nas prestações de serviços de reparos navais em embarcações de bandeira estrangeira em águas marítimas no território nacional. ()
- 13) O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercessem poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III do CTN. ()
- 14) O reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente nocivo ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, deve ser aferido através do Nível de Exposição

Normalizado (NEN). Ausente tal informação, deverá ser adotado como critério o nível máximo de ruído (pico de ruído), desde que perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço. ()

- 15) É inviável a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira que se encontre sob sua dependência socioafetiva. ()

Gabarito

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