

# Informativo comentado: Informativo 791-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

## ÍNDICE

### DIREITO CONSTITUCIONAL

#### DEFENSORIA PÚBLICA

- *A Defensoria Pública pode ser intimada, de ofício, pelo Juízo para prestar assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência, nos procedimentos de escuta especializada, sem que isso represente sobreposição inconstitucional às funções do Ministério Público.*

### DIREITO CIVIL

#### BEM DE FAMÍLIA

- *Mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade.*

#### COMODATO

- *No contrato de comodato por prazo indeterminado, após o transcurso do intervalo suficiente à utilização do bem, é devida a sua restituição, pelo comodatário, bastando para tanto a sua notificação.*

#### TESTAMENTO

- *É válida a disposição testamentária que institui filha co-herdeira como curadora especial dos bens deixados à irmã incapaz, relativamente aos bens integrantes da parcela disponível da herança, ainda que esta se encontre sob o poder familiar ou tutela.*

### DIREITO DO CONSUMIDOR

#### RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO

- *A Instituição financeira responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor.*

#### PLANO DE SAÚDE

- *A cobrança de coparticipação está limitada ao percentual de 50% do valor pago pelo plano de saúde; além disso, o valor mensal pago pelo usuário do plano, a título de coparticipação, não pode ser maior que a mensalidade paga.*

### DIREITO PROCESSUAL PENAL

#### PROVAS

- *Mesmo após a decisão do STF na ADPF 995/DF, o STJ continua decidindo que a guarda municipal não pode exercer atribuições das polícias civis e militares; a atuação da guarda municipal deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município.*

#### NULIDADES

- *Só há nulidade pela falta de cientificação do acusado sobre o seu direito de permanecer em silêncio, em fase de inquérito policial, caso demonstrado o efetivo prejuízo.*

**TRIBUNAL DO JÚRI**

- *O princípio do in dubio pro societate é aplicado na decisão de pronúncia?*

**RECURSOS**

- *Cabe à defesa técnica a análise de conveniência e oportunidade a respeito de eventual recurso, no caso de conflito de vontades entre o acusado e o defensor.*

**EXECUÇÃO PENAL**

- *É possível a unificação das penas de reclusão e de detenção, na fase de execução penal, para fim de fixação do regime prisional inicial.*

**DIREITO TRIBUTÁRIO**

**IMPOSTO DE RENDA**

- *A metodologia de fixação de preços de transferência instituída pela IN SRF 243/02 era válida?*

**CONSTITUCIONAL**

**DEFENSORIA PÚBLICA**

**A Defensoria Pública pode ser intimada, de ofício, pelo Juízo para prestar assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência, nos procedimentos de escuta especializada, sem que isso represente sobreposição inconstitucional às funções do Ministério Público**

**Importante!!!**

ODS 16

O MP/MG impetrou mandado de segurança contra a conduta adotada pelo Juízo da Vara Especializada em Crimes Cometidos Contra Crianças e Adolescentes da Comarca de Belo Horizonte/MG, que passou a intimar, de ofício, membros da Defensoria Pública estadual para assistir às crianças e adolescentes vítimas de violência nos procedimentos de escuta especializada. Segundo informações prestadas pelo Juízo de origem, a presença de defensores públicos nestes atos processuais tem sido um alento para tantas crianças e tantos adolescentes que necessitam dessa proteção, pois os defensores utilizam as informações obtidas com a escuta especializada para propor as medidas de proteção e outras diligências necessárias no Juizado da Infância e Juventude Cível daquela mesma comarca.

O STJ reconheceu que essa conduta do magistrado está correta.

A LC 80/93 expressamente atribui à Defensoria Pública a função de defender os interesses individuais e coletivos das crianças e adolescentes. Especificamente quando estas crianças e adolescentes são vítimas de abusos, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, o inciso XVIII do art. 4º da LC 80/93 determina que a Defensoria Pública deve atuar na preservação e reparação dos seus direitos, propiciando acompanhamento e atendimento interdisciplinar.

A necessidade de atuação da Defensoria Pública no atendimento integral que deve ser dispensado às crianças e aos adolescentes vítimas de violência tornou-se ainda mais evidente com o advento da Lei nº 13.431/17, que determinou uma série de medidas que devem ser adotadas pelo Estado nessas situações. Entre os direitos assegurados pela referida legislação consta expressamente o acesso da criança e do adolescente à assistência jurídica qualificada, a qual, diante do contexto de vulnerabilidade, está no âmbito de atuação da Defensoria Pública.

Aplica-se ao caso, por analogia, o disposto nos arts. 27 e 28 da Lei nº 11.340/2003, que assegura à mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de

**Defensoria Pública, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.**

**Constatado que a assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência constitui atividade inserida no âmbito de atribuições da Defensoria Pública, é inadmissível que o Ministério Público ou o Poder Judiciário pretendam determinar quais são as prioridades institucionais nas lotações deste órgão dotado de autonomia funcional e administrativa.**

STJ. 6ª Turma. RMS 70.679-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2023 (Info 791).

## RELEMBRANDO ALGUNS ASPECTOS DA LEI 13.431/2017

### **O que diz a Lei nº 13.431/2017?**

A Lei nº 13.431/2017 prevê regras para proteger as crianças e adolescentes que forem vítimas ou testemunhas de violência.

A Lei prevê que podem ser praticadas quatro formas de violência contra as crianças ou adolescentes:

- I - violência física;
- II - violência psicológica;
- III - violência sexual;
- IV - violência institucional.

Umas das proteções conferidas pela Lei é determinação de que a criança e o adolescente sejam ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

### **O que é a escuta especializada?**

Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

### **O que é o depoimento especial?**

Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

### **Criança ou adolescente não terá contato com o acusado**

A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

### **Local apropriado**

A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

### **Depoimento deve ser realizado uma única vez como prova judicial antecipada**

O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

- I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
- II - em caso de violência sexual.

Confira a exata redação da Lei:

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:  
I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;  
II - em caso de violência sexual.  
§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua impescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

***Procedimento para o depoimento especial***

O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

- I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação. Importante: é proibida a leitura da denúncia ou de outras peças processuais.
- II - deve-se permitir que a criança/adolescente faça a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;
- III - se estivermos diante de um processo judicial, o depoimento especial será realizado em uma sala própria, mais acolhedora, e o depoimento será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;
- IV - depois terminar a livre narrativa feita pela criança/adolescente, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará se é pertinente ou não fazer perguntas complementares;
- V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;
- VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

Obs: a vítima ou testemunha de violência tem o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

Obs2: o profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

Obs3: nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, podendo inclusive restringir a transmissão e a gravação do depoimento.

**EXPLICAÇÃO DO JULGADO*****Imagine a seguinte situação hipotética:***

João é suspeito de ter praticado crime sexual contra Pedro e Lucas, crianças de 8 e 9 anos de idade, respectivamente.

Ao tomar conhecimento desses fatos, o Ministério Público ajuizou ação pedindo a produção antecipada de provas, com o objetivo de tomar o depoimento especial das vítimas Pedro e Lucas, na forma da Lei nº 13.431/2017.

A medida foi deferida pelo magistrado.

Vale ressaltar que, de ofício, o juiz determinou a intimação da Defensoria Pública para comparecer à audiência a fim de prestar assistência às crianças vítimas da violência.

No dia da audiência, o Ministério Público impugnou a participação da Defensoria Pública alegando que se tratava de ato realizado em segredo de justiça e que a presença do Defensor Público atentaria contra a intimidade e privacidade das partes.

Além disso, o Parquet argumentou que compete ao Ministério Público atuar em favor das vítimas, zelando pelo respeito aos direitos e às garantias asseguradas às crianças e aos adolescentes, sendo desnecessária a intervenção da Defensoria em litisconsorte.

O juiz manteve a participação da Defensoria Pública no ato.

Diante desse cenário, o Ministério Público impetrhou mandado de segurança reafirmando os argumentos acima deduzidos.

***A questão chegou até o STJ. A Defensoria Pública pode ser intimada, de ofício, pelo Juízo para prestar assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência, nos procedimentos de escuta especializada ou isso representa sobreposição constitucional às funções do Ministério Público?***

Pode sim. A Defensoria Pública possui essa atribuição.

Vamos entender com calma.

Nos termos do art. 134, caput, da Constituição Federal, a Defensoria Pública é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

A partir da leitura desse dispositivo, constata-se que a Defensoria Pública, além de possuir relevante papel na defesa judicial dos necessitados, possui outras importantes missões institucionais que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

A presença da Defensoria Pública nos espaços judiciais e extrajudiciais não se restringe à atividade de representação processual das vítimas. O dever de promoção da educação para o pleno exercício dos direitos, especialmente dos direitos humanos de grupos socialmente vulneráveis, já seria fundamento apto e suficiente para justificar a legitimidade de a Defensoria Pública atuar junto à Vara Especializada em Crimes Cometidos Contra Crianças e Adolescentes, a fim de propiciar às vítimas destes graves delitos a orientação jurídica plena de que elas necessitam e à qual possuem direito, uma tarefa que é muito mais ampla do que a propositura da ação penal pública da qual o Ministério Público é titular exclusivo.

Com efeito, a atuação do Parquet como substituto processual da vítima na ação penal pública não se confunde com a atuação da Defensoria Pública no acompanhamento e na orientação jurídica de crianças e adolescentes em situação de violência nem pode suplantá-la.

Do mesmo modo, a referida atividade de acompanhamento das vítimas de violência não constitui, por si só, desempenho do múnus de curadoria especial ou de assistência à acusação, mas atividade jurídica própria, na condição de *custos vulnerabilis*, que é o núcleo da atual identidade constitucional da Defensoria Pública.

De outra parte, a presença da Defensoria Pública nos procedimentos relativos a crianças e adolescentes vítimas de violência se justifica também em razão de todo o amplo espectro de normas que assegura a essa população o direito à assistência jurídica plena.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.192.577/RS, já teve a oportunidade de examinar os limites da atuação institucional da Defensoria Pública, oportunidade na qual rechaçou a visão reducionista que restringia o papel desta instituição à defesa dos hipossuficientes econômicos, esclarecendo que os "necessitados" sob sua proteção não são apenas os economicamente vulneráveis, mas igualmente os social e juridicamente vulneráveis:

A expressão "necessitados" (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir

da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana' (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). STJ. Corte Especial. EREsp 1.192.577/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015.

A jurisprudência do STJ, ao incluir expressamente as crianças, os adolescentes, os idosos e outros grupos socialmente vulneráveis entre os “necessitados” que a Defensoria Pública tem o dever constitucional de assistir integralmente, apenas refletiu o regramento expresso da Lei Complementar n. 80/93, que dispõe, *in verbis*:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

[...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

Como se vê, além do dever de promover e difundir a educação para o exercício dos direitos, a Lei Complementar n. 80/93 expressamente atribui às defensoras e aos defensores públicos a função de defender os interesses individuais e coletivos das crianças e adolescentes. Especificamente quando estas crianças e adolescentes são vítimas de abusos, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, o inciso XVIII do art. 4º da Lei Complementar n. 80/93 determina que a Defensoria Pública deve atuar na preservação e reparação dos seus direitos, propiciando acompanhamento e atendimento interdisciplinar.

A necessidade de atuação da Defensoria Pública no atendimento integral que deve ser dispensado às crianças e aos adolescentes vítimas de violência tornou-se ainda mais evidente com o advento da Lei nº 13.431/17, que determinou uma série de medidas que devem ser adotadas pelo Estado nessas situações. Entre os direitos assegurado pela referida legislação consta expressamente o acesso da criança e do adolescente à assistência jurídica qualificada, a qual, diante do contexto de vulnerabilidade, está no âmbito de atuação da Defensoria Pública.

Confira-se, por oportuno, o texto legal:

Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a:

[...]

V - receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, representação jurídica, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido;

[...]

VII - receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguardo contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo;

[...]

XI - ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial;

Em virtude das disposições legais introduzidas pela Lei nº 13.431/2017, o Conselho Nacional de Defensoras e Defensores Públicos-Gerais - CONDEGE publicou, em 2021, o “Manual de Orientação para a Atuação dos Defensores Públicos da Infância e Juventude”.

Nessa publicação, refirmou-se o papel institucional da Defensoria Pública na assistência jurídica das crianças e adolescentes vítimas de violência, in verbis:

“A criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência expressamente tem o direito de receber assistência jurídica, função esta que deve ser desempenhada pela Defensoria Pública, na forma dos artigos 4º, XI da LC nº 80/94 e resolução CNJ nº 299/2019.

Também o Art. 5º, VII, da Lei nº 13.431/17 estabelece que, nos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial, a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência tem direito de receber assistência jurídica qualificada e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguardo contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo.

E a Resolução CNJ nº 299/2018, estabelece em seu art. 18, §1º, que esta assistência jurídica deve ser prestada preferencialmente por Defensor Público ou advogado conveniado ou nomeado.

Por esta razão, a atuação da Defensoria Pública, na função de Defensor da Criança, reconhecendo a esta sua condição de sujeito de direitos, em especial do direito de opinião e participação, tornase imprescindível.” (In: CONDEGE. Manual de Orientação para a Atuação dos Defensores Públicos da Infância e Juventude: procedimentos de escuta especializada e depoimento especial da Lei nº 13.431/17. Brasília, 2021, p. 4).

Diante desse quadro normativo, a pretensão do Ministério Público de impedir ou dificultar a atuação da Defensoria Pública na assistência de crianças e adolescentes vítimas de violência não constitui direito líquido e certo, revelando-se, ao contrário, manifestamente *contra legem*.

A diligente conduta do Juízo singular, ao intimar Defensores Públicos para comparecer aos atos de escuta especializada em favor das vítimas de violência, bem como a postura colaborativa dos defensores, que comparecem aos atos processuais e reúnem informações para propiciar a integral assistência jurídica a este grupo vulnerável, longe de constituírem qualquer ilegalidade, concretizam a integração operacional entre os órgãos do sistema justiça e asseguram o acesso aos serviços da Defensoria Pública, nos termos dos arts. 88, incisos V e VI, e 141 do ECA.

É importante destacar que a integração operacional entre os órgãos do sistema de justiça tem como um de seus objetivos evitar que a ineficiência de qualquer um desses órgãos comprometa o atendimento célere e diligente que deve ser dispensado às crianças e adolescentes vítimas de violência. Através da colaboração mútua, eventuais falhas de uma instituição podem ser supridas pela atuação de outra, guiando-se sempre pela premissa de que deve ser resguardado, com absoluta prioridade, o melhor interesse da criança.

Não é razoável nem eficiente impor ao Juízo de origem que somente intime defensores públicos para comparecer aos atos quando houver pedido prévio e expresso da vítima. A intimação de ofício, como tem feito o Juízo impetrado, proporciona melhores condições de acesso à assistência jurídica integral ofertada pelos defensores públicos, que terão a oportunidade de esclarecer de forma mais efetiva à vítima as atribuições da Defensoria Pública e os serviços colocados à sua disposição. De outra parte, a presença da Defensoria Pública proporciona maior celeridade na adoção de medidas de proteção, o que está em linha com o dever de se conferir absoluta prioridade à defesa das crianças e adolescentes (art. 227, caput, da CF/88).

Ao contrário do que argumenta o Ministério Público, não houve nenhuma violação ao princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inciso VII, do ECA. A intervenção da Defensoria Pública se mostra essencial na proteção integral das crianças e adolescentes, razão pela qual deve ser compreendida como

parte integrante do conjunto de ações “indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente”.

Aplica-se ao caso, por analogia, o disposto nos arts. 27 e 28 da Lei nº 11.340/2003, que asseguram à mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Uma vez que as crianças e adolescentes vítimas de violência integram um grupo socialmente vulnerável e se submetem ao microssistema de proteção de vulneráveis, nos termos do art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 11.431/17, deve ser assegurado também a elas o acesso aos serviços de Defensoria Pública, mediante atendimento específico e humanizado, em sede policial e judicial, aplicando-se a máxima de que onde há o mesmo fundamento deve haver a mesma solução jurídica (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Por fim, constatado que a assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência constitui atividade inserida no âmbito de atribuições da Defensoria Pública, é inadmissível que o Ministério Público ou o Poder Judiciário pretendam determinar quais são as prioridades institucionais nas lotações deste órgão dotado de autonomia funcional e administrativa.

Conforme a jurisprudência do STF, em razão da capacidade de autogoverno constitucionalmente atribuída à Defensoria Pública, a decisão sobre a lotação dos defensores públicos na prestação de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas necessitadas deve ser tomada pelos órgãos de direção da entidade, de modo que “medidas normativas ou judiciais que suprimam a autonomia da Defensoria Pública implicarão ofensa constitucional (art. 134, § 2º)” (STF. Plenário. RE 887671, Relator p/ acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2023).

***Em suma:***

**A Defensoria Pública pode ser intimada, de ofício, pelo Juízo para prestar assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência, nos procedimentos de escuta especializada, sem que isso represente sobreposição inconstitucional às funções do Ministério Público.**

STJ. 6ª Turma. RMS 70.679-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2023 (Info 791).

**DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES**

***Em que consiste o custos vulnerabilis?***

*Custos vulnerabilis* significa “guardiã dos vulneráveis”.

Enquanto o Ministério Público atua como *custos legis* (fiscal ou guardião da ordem jurídica), a Defensoria Pública possui a função de *custos vulnerabilis*.

Assim, segundo a tese da Instituição, em todo e qualquer processo onde se discuta interesses dos vulneráveis seria possível a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído.

Quando a Defensoria Pública atua como *custos vulnerabilis*, a sua participação processual ocorre não como representante da parte em juízo, mas sim como protetor dos interesses dos necessitados em geral. No âmbito das execuções penais, a Defensoria Pública argumenta que, desde 2010, existe previsão expressa na Lei nº 7.210/84 autorizando a intervenção da Instituição como *custos vulnerabilis*:

Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. (Incluído pela Lei nº 12.313/2010).

No âmbito cível, especificamente no caso das ações possessórias, o art. 554, § 1º do CPC é exemplo de intervenção *custos vulnerabilis*:

Art. 554. (...)

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos

demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Vale ressaltar que as duas previsões acima são exemplificativas, admitindo-se a intervenção defensoral como *custos vulnerabilis* sem outras hipóteses. A Defensoria Pública defende, inclusive, que essa intervenção pode ocorrer mesmo em casos nos quais não há vulnerabilidade econômica, mas sim vulnerabilidade social, técnica, informacional, jurídica. É o caso, por exemplo, dos consumidores, das crianças e adolescentes, dos idosos, dos indígenas etc. Veja o que diz o ECA:

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

Assim, nos casos de outras espécies de vulnerabilidades, não importa se estamos tratando de pessoas economicamente necessitadas. As outras formas de vulnerabilidades já justificariam a intervenção do órgão na causa.

### **Como é a atuação do *custos vulnerabilis*?**

A intervenção defensorial *custos vulnerabilis* tem o objetivo de trazer para os autos argumentos, documentos e outras informações que reflitam o ponto de vista das pessoas vulneráveis, permitindo que o juiz ou tribunal tenha mais subsídios para decidir a causa. É uma atuação da Defensoria Pública para que a voz dos vulneráveis seja amplificada. Em sentido semelhante: ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>.

### **O *custos vulnerabilis* é o mesmo que *amicus curiae*?**

Ainda não há muito escrito sobre o tema, no entanto, a tese institucional da Defensoria Pública é a de que não. Vejamos as principais diferenças:

<i>Amicus curiae</i>	<i>Custos vulnerabilis</i>
Pode intervir como <i>amicus curiae</i> qualquer pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.	Somente a Defensoria Pública pode intervir como <i>custos vulnerabilis</i> .
Em regra, admite-se a intervenção do <i>amicus curiae</i> em qualquer tipo de processo, desde que: a) a causa tenha relevância; e b) a pessoa tenha capacidade de oferecer contribuição ao processo.	Admite-se a intervenção do <i>custos vulnerabilis</i> em qualquer processo no qual estejam sendo discutidos interesses de vulneráveis.
Em regra, o <i>amicus curiae</i> não pode recorrer. Exceção 1: o <i>amicus curiae</i> pode opor embargos de declaração em qualquer processo que intervir (art. 138, § 1º do CPC/2015). Exceção 2: o <i>amicus curiae</i> pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º do CPC/2015).	O <i>custos vulnerabilis</i> pode interpor qualquer espécie de recurso.

Em sentido semelhante, apontando outros aspectos: ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>.

#### **Jurisprudência do STJ e custos vulnerabilis**

O STJ reconhece a existência da figura do *custos vulnerabilis*:

Admite-se a intervenção da Defensoria Pública da União no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos.

STJ. 2ª Seção. EDcl no REsp 1.712.163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019 (Info 657).

#### **Princípio da intervenção mínima (art. 100, parágrafo único, VII, do ECA)**

Existe um princípio no Direito da Criança e do Adolescente chamado de princípio da intervenção mínima, previsto no art. 100, parágrafo único, VII, do ECA:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

(...)

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

Com base nesse princípio, as Turmas da 2ª Seção do STJ decidem que a intervenção da Defensoria Pública seria desnecessária quando os direitos dos vulneráveis (crianças e adolescentes) já estão sendo assegurados pelo Ministério Público. Nesse sentido:

A atuação da Defensoria Pública como curadora especial no que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual, e desde que vislumbrada tal necessidade, sob pena de violação princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inc. VII, do ECA.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.296.155/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/06/2013.

A segunda instância concluiu não ser necessária a inclusão da Defensoria Pública, ora insurgente, na lide na condição de custos vulnerabilis. Isso porque não havia a necessidade de defesa do adolescente pelo órgão, que estaria em pleno acompanhamento e devidamente assistido, sendo, portanto, prescindível a assistência pretendida.

Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, a atuação da Defensoria Pública como curadora especial no que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual, e desde que vislumbrada tal necessidade, sob pena de violação princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inc. VII, do ECA.

STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 2.033.871/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 6/6/2022.

O Ministério Público é o órgão que se incumbe da defesa dos menores, atuando em caráter protetivo, tornando desnecessária a participação de outro órgão, no caso a Defensoria Pública, com a mesma finalidade, nos procedimentos previstos no ECA.

A atuação da Defensoria Pública como curadora especial deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juízo em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual e desde que, em harmonia com o princípio da intervenção mínima, haja necessidade para tanto.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.953.508/MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 28/11/2022.

Neste julgado da 6ª Turma (RMS 70.679), houve um entendimento ligeiramente diferente, em favor da Defensoria Pública em uma situação específica, qual seja, nos procedimentos de escuta especializada, em que as crianças e adolescentes são vítimas de violência).

Fique atenta(o) como o tema será cobrado em sua prova.

## DIREITO CIVIL

### BEM DE FAMÍLIA

#### Mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade

ODS 16

**Caso hipotético:** a Fazenda Nacional ingressou com execução fiscal contra a empresa Alfa Ltda e seu sócio João cobrando tributos devidos pela pessoa jurídica.

A exequente pediu a penhora do único imóvel de João, um apartamento no qual ele mora com sua esposa e filho. Logo após o pedido da exequente, João transferiu, mediante doação, o imóvel para seu filho Pedro. A Fazenda Nacional alegou, então, fraude à execução.

Os argumentos da Fazenda Nacional não foram acolhidos pelo STJ.

Mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade porque imune aos efeitos da execução. Afinal de contas, ainda que seja reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor como bem de família. Explicando de forma mais simples: quando João doou o imóvel para seu filho, este apartamento era impenhorável por ser bem de família. Assim, mesmo que se reconheça que a doação foi ineficaz ou inválida, a consequência seria o imóvel retornar ao patrimônio de João. Ocorre que isso não traria qualquer benefício à Fazenda Nacional já que o bem continuaria sendo bem de família e, portanto, impenhorável.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 2.174.427-RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/9/2023 (Info 791).

#### ***Bem de família legal***

A Lei nº 8.009/90 prevê a impenhorabilidade do bem de família.

Trata-se daquilo que a doutrina chama de “bem de família legal”.

- **Regra:** o bem de família legal é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam (art. 1º).
- **Exceções:** o art. 3º da Lei nº 8.009/90 prevê situações nas quais o bem de família poderá ser penhorado. Confira a redação do texto legal:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

- V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
- VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

***Imagine agora a seguinte situação hipotética:***

A Fazenda Nacional ingressou com execução fiscal contra a empresa Alfa Ltda e seu sócio João cobrando tributos devidos pela pessoa jurídica.

A exequente pediu a penhora de um imóvel (apartamento) que estava em nome de João.

Vale ressaltar que João mora neste apartamento juntamente com sua esposa e filho. Importante também esclarecer que é o único imóvel do devedor.

Logo após o pedido da Fazenda Nacional, João, com receio de perder o apartamento, transferiu, mediante doação, o imóvel para seu filho Pedro. Eles continuaram morando no local.

Em razão da transferência da titularidade, o cartório de registro de imóveis informou a impossibilidade de efetuar a penhora.

A Fazenda Nacional alegou, então, a ocorrência da fraude à execução, tendo havido a ineficácia da doação. João, agora assistido por advogado, argumentou que o imóvel seria bem de família, estando, portanto, protegido pelo art. 3º da Lei nº 8.009/90.

***Os argumentos da Fazenda Nacional foram acolhidos pelo STJ?***

NÃO.

Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, a alienação de imóvel destinado à residência do executado ou de sua família, mesmo que após a constituição do crédito tributário não afasta a cláusula de impenhorabilidade, afastando-se a fraude à execução fiscal.

Mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade porque imune aos efeitos da execução. Afinal de contas, ainda que seja reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor como bem de família.

Explicando de forma mais simples: quando João doou o imóvel para seu filho, este apartamento era impenhorável por ser bem de família. Assim, mesmo que se reconheça que a doação foi ineficaz ou inválida, a consequência seria o imóvel retornar ao patrimônio de João. Ocorre que isso não traria qualquer benefício à Fazenda Nacional já que o bem continuaria sendo bem de família e, portanto, impenhorável.

***Em suma:***

**Mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade.**

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 2.174.427-RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/9/2023 (Info 791).

## COMODATO

**No contrato de comodato por prazo indeterminado, após o transcurso do intervalo suficiente à utilização do bem, é devida a sua restituição, pelo comodatário, bastando para tanto a sua notificação**

ODS 16

Tratando-se de comodato por prazo indeterminado, o comodante, em regra, somente poderá invocar o direito de retomada após o transcurso de intervalo suficiente para o uso concedido (art. 581 do CC). O referido prazo, contudo, não pode ser entendido de modo a excluir a temporariedade típica desta espécie de contrato.

Na ausência de prazo ajustado entre as partes, cabe analisar se transcorreu prazo suficiente para a finalidade para a qual foi concedido o uso do bem ante as circunstâncias do caso concreto.

Caso concreto: o imóvel foi cedido, mediante comodato, para que uma empresa aumentasse seu parque industrial de exploração de jazida aquífera. O contrato foi por prazo indeterminado. Passados mais de 25 anos, entende-se que já decorreu prazo suficiente para o uso concedido, não sendo razoável impedir o retorno do bem ao comodante.

STJ. 4<sup>a</sup> Turma. AgInt no REsp 1.641.241-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 7/2/2023 (Info 791).

### **Comodato**

O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (art. 579 do CC).

O comodato pode ser de bens móveis ou imóveis.

Ex1: Henrique, rico empresário, empresta um pequeno apartamento para que seu primo, Mário, lá more com sua família.

Ex2: José empresta um trator para Joaquim fazer a colheita de soja em sua fazenda.

### **Partes**

Comodante: é a pessoa que empresta.

Comodatário: é a pessoa que recebe a coisa em empréstimo.

### **Prazo determinado ou indeterminado**

O comodato pode ser fixado:

- por prazo determinado;
- por prazo indeterminado (também chamado de comodato precário).

### **Prazo indeterminado**

Se for por prazo indeterminado (não se combinou um dia exato para a devolução), entende-se que o comodato irá durar pelo tempo necessário para que o comodatário use a coisa para cumprir a finalidade que motivou o empréstimo.

Exemplos de Silvio Rodrigues: se alguém empresta um trator para ser utilizado na colheita, presume-se que o prazo do comodato se estende até o final desta; se alguém empresta um barco para que seu amigo realize uma pesca, presume-se que o comodato foi pelo prazo necessário para essa pesca.

É possível também que o comodato seja fixado com prazo indeterminado para uso mais prolongado. É o caso, por exemplo, do rico empresário que empresta um de seus apartamentos para que o primo more com a família.

O comodato por prazo indeterminado é também chamado de comodato precário.

No caso de comodato por prazo indeterminado: a mora é ex persona (a mora ex persona ocorre quando se exige a interpelação judicial ou extrajudicial do devedor para que este possa ser considerado em mora).

***Comodatário que se nega a restituir a coisa:***

O comodatário que se negar a restituir a coisa pratica esbulho.

Logo, o comodante deverá ingressar com ação de reintegração de posse para reaver a coisa.

Se o contrato era por prazo determinado, com o fim do prazo e a não devolução do bem, o comodante pode propor a ação de reintegração imediatamente (mora ex re).

Se o contrato era por prazo indeterminado, será necessária a interpelação do comodatário para que se constitua a sua mora (mora ex persona).

O comodatário sofrerá duas penalidades por não restituir a coisa:

- responderá pelos danos que ocorrerem na coisa se esta perecer ou se deteriorar, ainda que decorrentes de caso fortuito; e
- terá de pagar aluguel durante o tempo do atraso.

***Imagine agora a seguinte situação hipotética:***

Em 02/02/1996, João cedeu, a título gratuito (comodato), um imóvel à empresa Alfa Ltda., da qual era um dos sócios.

O imóvel foi cedido para que a pessoa jurídica aumentasse seu parque industrial de exploração de jazida aquífera.

João se desentendeu com os demais sócios e, no dia 29/10/2010, notificou a pessoa jurídica sobre o desinteresse na manutenção do comodato. Na notificação, João estipulou o prazo de 30 dias para que a comodatária desocupasse o imóvel.

A empresa não desocupou o local.

Diante disso, João ajuizou ação de reintegração de posse contra a Alfa.

A ré, em contestação, dentre outros argumentos, alegou que, por se tratar de contrato com prazo indeterminado, a sua extinção exige demonstração da necessidade imprevista e urgente. Além disso, essa desocupação precisaria ser submetida aos sócios da empresa em assembleia, não bastando a notificação encaminhada pelo autor.

***Os argumentos da empresa foram acolhidos pelo STJ?***

NÃO. Vamos entender com calma.

O art. 581 do Código Civil prevê que, se o comodato não tiver prazo convencional, deve-se presumir que ele irá durar durante o prazo necessário para o uso concedido.

No entanto, o comodato é uma liberalidade. Logo, a interpretação do dispositivo legal tem de partir dessa premissa, de que se trata de uma liberalidade e um contrato temporário, sob pena de virar doação.

No caso, a empresa está utilizando o bem objeto do comodato. Pode-se discutir se bastaria usar para depósito de material ou se seria para extração de água, mas, mesmo que fosse para exploração aquífera, qualquer que seja a finalidade, como se trata de comodato por prazo indeterminado, transcorrido prazo suficiente, o comodante possui o direito de pedir de volta o imóvel.

Não é necessário que o bem não se preste mais a uso algum para o comodatário para que seja extinto o comodato.

A discussão não deve ser se ainda é possível ou não a utilização do bem pela comandatária.

A questão é que houve uma notificação extrajudicial para extinção do comodato. Logo, deve-se aplicar o entendimento jurisprudencial do STJ que diz:

Não tendo prazo determinado, após o transcurso do intervalo suficiente à utilização do bem, pelo comodatário, conforme sua destinação, basta a notificação, concedendo um prazo razoável para a restituição da coisa.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.327.627/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2016.

Dessa forma, o direito potestativo de rescindir o contrato é do proprietário do bem, que, por ato de liberalidade, faz o comodato e pode, sem declinar nenhuma razão, realizar a denúncia vazia do comodato,

requerendo a coisa de volta, desde que esta tenha ficado por um prazo razoável à disposição do comodatário.

***Em suma:***

**No contrato de comodato por prazo indeterminado, após o transcurso do intervalo suficiente à utilização do bem, é devida a sua restituição, pelo comodatário, bastando para tanto a sua notificação.**  
STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1.641.241-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 7/2/2023 (Info 791).

**TESTAMENTO**

**É válida a disposição testamentária que institui filha co-herdeira como curadora especial dos bens deixados à irmã incapaz, relativamente aos bens integrantes da parcela disponível da herança, ainda que esta se encontre sob o poder familiar ou tutela**

ODS 16

**Caso hipotético:** Regina faleceu e deixou duas herdeiras: suas filhas Isadora e Carla. Carla possui 4 anos de idade e se encontra sob o poder familiar do genitor Diogo, com quem Regina foi casada, mas já estava divorciada. Isadora, por sua vez, já é maior de 18 anos. No testamento, Regina deixou consignado que a herdeira mais velha (Isadora) ficaria nomeada como curadora especial dos bens deixados para a herdeira mais nova (Carla) incumbindo-lhe administrar, até a maioridade de Carla, a parte disponível da herança que lhe foi atribuída.

Diogo impugnou a manifestação de vontade da testadora, alegando que, por ser o pai de Carla, caberia a ele a administração dos bens herdados.

O STJ não acolheu a impugnação e manteve a disposição testamentária por ela estar em harmonia com o § 2º do art. 1.733 do Código Civil: § 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.

STJ. 4ª Turma. REsp 2.069.181-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 10/10/2023 (Info 791).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

Regina faleceu e deixou duas herdeiras: suas filhas Isadora e Carla.

Carla possui 4 anos de idade e se encontra sob o poder familiar do genitor Diogo, com quem Regina foi casada, mas já estava divorciada.

Isadora, por sua vez, já é maior de 18 anos.

No testamento, Regina deixou consignado o seguinte:

“A herdeira mais velha (Isadora Leite Bezerra) fica designada como curadora especial da herdeira mais nova (Carla Leite Bezerra) incumbindo-lhe administrar, até a maioridade da Carla a parte disponível da herança que lhe foi atribuída. O referido valor deve ser utilizado para a educação e para a saúde da menor que deverá estudar em tempo integral e em boa escola até completar o ensino médio, nos termos das disposições testamentárias.”

Diogo impugnou a manifestação de vontade da testadora, alegando que, por ser o pai de Carla, caberia a ele a administração dos bens herdados.

O juiz acolheu a impugnação e tornou sem efeito a referida disposição testamentária.

Isadora interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão interlocatória, mas o Tribunal de Justiça manteve a decisão.

Ainda inconformada pelo fato de o desejo de sua mãe não estar sendo atendido, Isadora interpôs recurso especial afirmando que essa disposição testamentária é válida.

**O STJ concordou com os argumentos de Isadora? A disposição testamentária é válida?**

SIM. Vamos entender com calma.

**Por que Regina, testadora, nomeou uma pessoa para ser curadora especial dos bens deixados para a sua filha Carla? Isso é previsto em algum lugar?**

SIM. No § 2º do art. 1.733 do Código Civil:

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

(...)

§ 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.

**É possível a nomeação de curador especial mesmo que a menor beneficiada esteja sob o poder familiar do genitor?**

SIM.

O testamento é uma expressão da autonomia privada, inclusive em termos de planejamento sucessório. Seu objetivo é a preservação da vontade daquele que, em vida, idealizou o modo de disposição de seu patrimônio para momento posterior à sua morte, o que inclui a própria administração/gestão dos bens deixados.

A instituição de curador para o patrimônio deixado não exclui ou obsta o exercício do poder familiar pelo genitor sobrevivente. Isso porque o curador (em nosso exemplo, a irmã Isadora) será responsável tão somente por gerir os bens deixados na herança, em estrita observância à vontade do autor da herança, sem descuidar dos interesses da criança ou adolescente beneficiário.

Os outros aspectos do poder familiar, contudo, ficarão sob a responsabilidade do pai.

A circunstância de a descendente, ainda criança, ocupar a posição de herdeira legítima e também testamentária, simultaneamente, não conduz ao afastamento da disposição relacionada à instituição de curadora especial para administrar os bens integrantes da parcela disponível da testadora, expressamente prevista em lei, sem que haja qualquer necessidade de aferir a inidoneidade do detentor do poder familiar ou tutor.

**Em suma:**

**É válida a disposição testamentária que institui filha co-herdeira como curadora especial dos bens deixados à irmã incapaz, relativamente aos bens integrantes da parcela disponível da herança, ainda que esta se encontre sob o poder familiar ou tutela.**

STJ. 4ª Turma. REsp 2.069.181-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 10/10/2023 (Info 791).

## **DIREITO DO CONSUMIDOR**

### **RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO**

**A instituição financeira responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor**

**Importante!!!**

ODS 16

No caso concreto, o STJ reconheceu a responsabilidade da instituição financeira pela reparação dos danos decorrentes do famigerado “golpe do boleto”, uma vez que os criminosos têm conhecimento de informações e dados sigilosos a respeito das atividades bancárias do consumidor. Isto é, os estelionatários sabem que o consumidor é cliente da instituição e que encaminhou e-mail à entidade com a finalidade de quitar sua dívida, bem como possuem dados relativos ao próprio financiamento obtido (quantidade de parcelas em aberto e saldo devedor do financiamento).

O tratamento indevido de dados pessoais bancários configura defeito na prestação de serviço, notadamente quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor.

STJ. 3<sup>a</sup> Turma. REsp 2.077.278-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

#### ***Imagine a seguinte situação hipotética:***

João financiou um automóvel com uma instituição financeira, pelo valor de R\$ 50 mil, com entrada de R\$ 10 mil e 36 parcelas mensais e sucessivas, sendo o primeiro vencimento em 22/06/2019 e a última parcela em 22/05/2022.

Depois de alguns meses, João recebeu um dinheiro extra e resolveu quitar o contrato a fim de evitar o pagamento de juros. Ele acessou o site da instituição e, seguindo as orientações lá constantes, enviou e-mail solicitando informações sobre o contrato e o montante devido.

Alguns dias depois, João foi contatado por uma (suposta) funcionária da instituição financeira, via WhatsApp, que prosseguiu no atendimento e, informando que havia 32 parcelas em aberto, enviou a João boleto para quitação do financiamento, no valor de R\$ 19.225,00, o qual foi devidamente pago.

Após algum tempo, João procurou a instituição financeira para saber o motivo de não ter recebido a quitação. Neste momento, descobriu que havia sido vítima de fraude, pois o pagamento realizado não foi direcionado para o banco.

João ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de débito por vazamento de dados bancários cumulada com pedido de indenização por danos morais e repetição de indébito.

Os pedidos foram julgados procedentes. Na sentença, o juiz consignou:

Não é razoável esperar que o autor saiba os códigos correspondentes a cada banco para perceber a divergência entre o nome do banco emitente e do banco indicado no código de barras.

A ocorrência de fraude perpetrada por terceiro também não exclui eventual responsabilidade das instituições financeira, já que a fraude é considerada caso fortuito interno em razão das atividades desenvolvidas pela ré. (...)

A ré utiliza-se de meios eletrônicos para prestação de serviços aos seus clientes, logo, deve adotar todas as medidas cabíveis para garantir a segurança do sistema e dos serviços prestados, respondendo em caso de falha na prestação de serviços.

Verifica-se ausência de demonstração de consequências que ultrapassem o mero dissabor, bem Ante o exposto, com fulcro no artigo 487, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado para (1) declarar válido o pagamento através do boleto e comprovante inseridos a fls. 54/56 dos autos, quitando o contrato de financiamento nº 0270519-2;

(2) condenar a ré a repetir os valores das parcelas recebidas após 23/10/2019, com juros e correção monetária.

O banco interpôs recurso de apelação alegando que a fraude somente foi possível diante da falta de diligência do autor. Houve, portanto, culpa exclusiva de terceiro e do consumidor.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença.

A instituição financeira ingressou com recurso especial insistindo que não teve responsabilidade pelo evento.

***O banco tem responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo consumidor em razão da fraude?***

SIM.

O serviço é considerado defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração circunstâncias relevantes, como o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se conjecturam, e a época em que foi fornecido (art. 14, § 1º, do CDC). A prestação do serviço de qualidade pelos fornecedores abrange o dever de segurança, que, por sua vez, engloba tanto a integridade psicofísica do consumidor, quanto sua integridade patrimonial.

Essas conclusões também se aplicam à relação entre os clientes e as instituições financeiras (Súmula 297/STJ), as quais devem prestar serviços de qualidade no mercado de consumo.

Vale ressaltar, ainda, que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias (Súmula 479 do STJ).

Especificamente nos casos de golpes de engenharia social, não se pode olvidar que os criminosos são conhecedores de dados pessoais das vítimas, valendo-se dessas informações para convencê-las, por meio de técnicas psicológicas de persuasão - como a semelhança com o atendimento bancário verdadeiro -, a fim de atingir seu objetivo ilícito.

Todavia, para sustentar o nexo causal entre a atuação dos estelionatários e o vazamento de dados pessoais pelo responsável por seu tratamento é imprescindível perquirir, com exatidão, quais dados estavam em poder dos criminosos, a fim de examinar a origem de eventual vazamento e, consequentemente, a responsabilidade dos agentes respectivos.

Assim, para se imputar a responsabilidade às instituições financeiras, no que tange ao vazamento de dados pessoais que culminaram na facilitação de estelionato, deve-se garantir que a origem do indevido tratamento seja o sistema bancário. Os nexos de causalidade e imputação, portanto, dependem da hipótese concretamente analisada.

Se comprovada a hipótese de vazamento de dados da instituição financeira, será dela, em regra, a responsabilidade pela reparação integral de eventuais danos. Do contrário, naquilo que entende esta Terceira Turma, inexistindo elementos objetivos que comprovem esse nexo causal, não há que se falar em responsabilidade das instituições financeiras pelo vazamento de dados utilizados por estelionatários para a aplicação de golpes de engenharia social (REsp 2.015.732/SP, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023). A título exemplificado, se o falsário estiver na posse de dados pessoais cadastrais, como qualificação pessoal (nome, prenome, estado civil e profissão), filiação, endereço e telefone (Decreto nº 8.771/2016, que regulamenta a Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet), não se pode pressupor que a informação foi vazada pela instituição financeira, uma vez que tais informações podem ser obtidas por meio de fontes alternativas.

Da mesma maneira, os dados pessoais sensíveis (relacionados à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, nos termos do art. 5º, II, LGPD), também podem ser obtidos de outras pessoas jurídicas com as quais o consumidor haja se relacionado e consentido especificamente.

Por outro lado, os dados sobre operações financeiras são, em regra, presumivelmente de tratamento exclusivo pelas instituições financeiras.

Portanto, dados pessoais vinculados a operações e serviços bancários são sigilosos e cujo tratamento com segurança é dever das instituições financeiras. Desse modo, seu armazenamento de maneira inadequada, a possibilitar que terceiros tenham conhecimento dessas informações e causem prejuízos ao consumidor, configura falha na prestação do serviço (art. 14 do CDC e 43 da LGPD).

É o que acontece, no caso concreto, em que o consumidor foi vítima de uma prática que conhecida como “golpe do boleto” e que pode ser assim descrita:

“As narrativas em torno da dinâmica do “golpe do boleto” são assemelhadas. Durante a execução do contrato de financiamento de veículo ou concessão de crédito, para obter o boleto para pagamento para liquidação antecipada do contrato ou para pagamento de parcela, o(a) consumidor(a) necessita contatar o credor pelos meios virtuais disponibilizados pela Instituição credora, seja pela central de relacionamento, seja pelo site da Instituição credora. Não se sabe quando se inicia a atuação dos fraudadores, se a partir de sítios falsos ou de redirecionamento dos sítios verdadeiros, sendo certo que enviam ao(à) consumidor(a) boleto falso com aparência de verdadeiro por aplicativo de mensagem WhatsApp. O(A) consumidor(a) paga o boleto e depois descobre que é falso, já que o destinatário final é outro, e não o seu credor.

O(A) consumidor(a) em alguns dos casos informa apenas seu CPF, e, de posse dele, o fraudador obtém os demais dados (número do contrato, endereço, valor necessário para quitação etc.), indicando que o estelionatário tem acesso aos dados da operação e que há falha na proteção dos dados da operação contratada, os quais deveriam ser protegidos. [...]

Como consequência da fraude, além de perder o valor pago através do boleto falso, o(a) consumidor(a) permanece devedor(a) em relação ao contrato de financiamento. O credor, por sua vez, ainda permanece com o crédito e sua garantia. A manter esse estado de coisas, o(a) consumidor(a) acaba arcando sozinho com os prejuízos decorrentes da fraude/golpe, caso não seja reconhecida a responsabilidade da instituição financeira ou de crédito. [...] [P]ondera-se que o fortuito interno não ocorre apenas através dos canais virtuais das instituições, mas também pela utilização de dados das operações de clientes, cuja guarda é de responsabilidade das instituições e seu vazamento evidencia a negligência com cuidados básicos e configura o fortuito interno, atraiendo a incidência da Súmula 479 do STJ” (CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; BAUERMANN, Sandra. Comércio eletrônico e mercado digital de crédito: entre riscos, fraudes e exclusão social. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 148, p. 23-41, jul./ago., 2023).

Diante do vazamento de dados sigilosos do consumidor, inequívoca é a responsabilidade do fornecedor pelo defeito no serviço prestado. O próprio art. 44 da LGPD, à semelhança do art. 14, § 1º, do CDC, estabelece que o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, considerados o modo pelo qual é realizado, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado, entre outras circunstâncias.

Em síntese, o tratamento indevido de dados pessoais bancários configura defeito na prestação de serviço, notadamente quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor.

***Em suma:***

**A instituição financeira responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor.**

STJ. 3ª Turma. REsp 2.077.278-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

### PLANO DE SAÚDE

**A cobrança de coparticipação está limitada ao percentual de 50% do valor pago pelo plano de saúde; além disso, o valor mensal pago pelo usuário do plano, a título de coparticipação, não pode ser maior que a mensalidade paga**

#### Importante!!!

ODS 3 E 16

O tratamento conforme o protocolo Pediasuit configura-se como uma forma de assistência ambulatorial, não se caracterizando como prática abusiva a cobrança de coparticipação pelo plano de saúde, desde que tal cobrança esteja prevista no contrato.

A cobrança de coparticipação está limitada ao percentual de 50% do valor pago pelo plano de saúde para a prestadora de serviço de saúde (aplicação, por analogia, do art. 19, II, "b", da RN-ANS 465/2022).

Além disso, o valor mensal pago pelo usuário do plano, a título de coparticipação, não pode ser maior que a mensalidade paga. Assim, quando a coparticipação devida for superior ao valor de uma mensalidade, o excedente deverá ser dividido em parcelas mensais, cujo valor máximo se limita ao daquela contraprestação, até que se atinja o valor total.

STJ. 3<sup>a</sup> Turma. REsp 2.001.108-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

Antes de explicar o julgado, é fundamental entendermos dois conceitos:

- coparticipação no plano de saúde;
- protocolo Pediasuit.

#### Coparticipação

Os planos de saúde podem ser:

a) integrais (completos): quando é apenas exigida uma mensalidade fixa do contratante, mas quando este necessita de algum atendimento médico ou hospitalar, não terá que pagar mais nada;

b) coparticipativos: são aqueles em que o plano de saúde cobra uma mensalidade reduzida. No entanto, para o contratante utilizar algum serviço médico ou hospitalar, ele terá que pagar um percentual dos custos do procedimento e o plano arca com o restante.

Os planos coparticipativos são permitidos pela Lei nº 9.656/98, que rege os planos de saúde. É o que se pode extrair da interpretação do art. 16, VIII da Lei:

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:  
(...)

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;

#### PediaSuit

O PediaSuit é uma terapia intensiva destinada ao tratamento de indivíduos com atrasos de desenvolvimento, como lesões cerebrais ou outras condições que afetem as funções motoras ou cognitivas da criança.

A terapia consiste em utilizar um traje especial ortopédico combinado com uma terapia física intensiva de reabilitação, tudo com o objetivo de criar uma unidade de suporte para recuperar o a postura e restabelecer a função sensorial da criança.

Fonte: <https://www.pediasuitbrasil.com.br/index.php/pt-br/sobre-o-pediasuit>

**Vamos agora entender o julgado a partir de uma situação hipotética:**

João é pai de Vitória, de apenas 3 anos. A criança apresenta malformação congênita associada a hidrocefalia, o que ocasionou o atraso em seu aprendizado e desenvolvimento motor, fraqueza muscular com dificuldade de equilíbrio.

Vitória já realizou outros tipos de terapia convencional, mas não teve resposta adequada, sendo recomendado pelo médico que a acompanha o protocolo do Pediasuit.

João é usuário do plano de saúde Unimed e tem sua filha e esposa como dependentes do plano.

De acordo com o contrato, o plano de saúde exige coparticipação em casos de atendimento ambulatorial.

Vitória iniciou o tratamento com o protocolo do Pediasuit.

Ocorre que o plano cobrou de João, a título de coparticipação, 30% dos custos relativos ao Pediasuit.

O plano de saúde argumentou que o Pediasuit constitui-se em procedimento ambulatorial, razão pela qual seria passível de cobrança conforme previsão contratual.

João não concordou e ingressou com ação contra o plano de saúde alegando que o protocolo Pedasuit não é um tratamento ambulatorial. Logo, não seria autorizada a cobrança.

A discussão, portanto, resume-se ao seguinte aspecto:

**O protocolo Pediasuit é um tratamento ambulatorial?**

O STJ decidiu que sim.

O protocolo Pediasuit, é, em geral, aplicado em sessões conduzidas por fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais e/ou fonoaudiólogos, dentro das respectivas áreas de atuação, sem a necessidade de internação ou mesmo da utilização de estrutura hospitalar, enquadrando-se, a despeito de sua complexidade, no conceito de atendimento ambulatorial, para os fins de direito.

Assim, o tratamento com o protocolo Pediasuit pode ser objeto de cláusula contratual de coparticipação:

**O tratamento conforme o protocolo Pediasuit configura-se como uma forma de assistência ambulatorial, não se caracterizando como prática abusiva a cobrança de coparticipação pelo plano de saúde, desde que tal cobrança esteja prevista no contrato.**

STJ. 3ª Turma. REsp 2.001.108-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

**O protocolo Pediasuit não está incluído no rol de procedimentos obrigatórios da ANS. Isso muda algo no caso concreto?**

NÃO. O fato de o procedimento específico não estar incluído no rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) não impede a cobrança da coparticipação correspondente estabelecida em contrato.

A uma, porque essa contraprestação está vinculada à prévia cobertura pela operadora; a duas, porque o rol não é estático, mas está em constante e permanente atualização.

Se a operadora atende à necessidade do beneficiário ao custear o procedimento ou evento, ainda que não listado no rol da ANS, opera-se o fato gerador da obrigação de pagar a coparticipação, desde que, evidentemente, haja clara previsão contratual sobre a existência do fator moderador e sobre as condições para sua utilização, e que, concretamente, sua incidência não revele uma prática abusiva.

**Qual é o percentual máximo que o plano de saúde pode cobrar a título de coparticipação?**

50%.

**Para que a coparticipação não caracterize o financiamento integral do procedimento por parte do usuário ou se torne fator restritor severo de acesso aos serviços, é possível aplicar, por analogia, o disposto no art. 19, II, "b", da RN-ANS 465/2022, para limitar a cobrança "ao máximo de cinquenta por cento do valor contratado entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde".**

STJ. 3ª Turma. REsp 2.001.108-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

Além disso, o STJ decidiu que o valor mensal pago pelo usuário do plano, a título de coparticipação, não pode ser maior que a mensalidade paga:

**No que tange à exposição financeira do titular, mês a mês, é razoável fixar como parâmetro, para a cobrança da coparticipação, o valor equivalente à mensalidade paga, de modo que o desembolso mensal realizado por força do mecanismo financeiro de regulação não seja maior que o da contraprestação paga pelo beneficiário. Assim, quando a coparticipação devida for superior ao valor de uma mensalidade, o excedente deverá ser dividido em parcelas mensais, cujo valor máximo se limita ao daquela contraprestação, até que se atinja o valor total.**

STJ. 3ª Turma. REsp 2.001.108-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

## **DIREITO PROCESSUAL PENAL**

### **PROVAS**

**Mesmo após a decisão do STF na ADPF 995/DF, o STJ continua decidindo que a guarda municipal não pode exercer atribuições das polícias civis e militares; a atuação da guarda municipal deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município**

**Importante!!!**

ODS 16

**O fato de as guardas municipais não haverem sido incluídas nos incisos do art. 144, caput, da CF não afasta a constatação de que elas exercem atividade de segurança pública e integram o Sistema Único de Segurança Pública. Isso, todavia, não significa que possam ter a mesma amplitude de atuação das polícias.**

STJ. 3ª Seção. HC 830.530-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/9/2023 (Info 791).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

Dois guardas civis metropolitanos estavam em patrulhamento pelo bairro Jorge Teixeira, local conhecido pela prática de entorpecentes, quando se depararam com João que, ao avistar a viatura, demonstrou certo nervosismo.

Os guardas municipais resolveram então abordar João e, durante busca pessoal, localizaram, dentro de sua cueca, uma pequena bolsa contendo 8 porções de maconha e 16 porções de cocaína.

Em razão desse fato, João foi algemado e conduzido ao distrito policial, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante.

Na audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João pela prática de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006).

A denúncia foi recebida e a ação penal regularmente processada.

Em alegações finais, o réu alegou que a prova (apreensão das drogas) seria ilícita porque os guardas municipais desempenharam atividade típica de policiamento ostensivo, como se fossem policiais militares fazendo rondas no bairro, o que não lhes compete. Logo, deve ser reconhecida a ilegalidade da atuação dos guardas municipais.

O juiz acolheu os argumentos da defesa, reconheceu a ilegalidade da atuação dos guardas municipais e anulou as provas, absolvendo o réu. O magistrado citou precedente do STJ de 2022 nesse sentido:

A guarda municipal não pode exercer atribuições das polícias civis e militares.

A sua atuação da guarda municipal deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município.

STJ. 6ª Turma. REsp 1977119-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

O Ministério Público recorreu contra a sentença alegando que o juiz estava desatualizado e que o STF já teria decidido em sentido contrário reconhecendo que os guardas municipais exercem atividade de segurança pública e, portanto, no caso concreto, a atuação foi legítima. O Parquet citou o seguinte julgado do STF:

As guardas municipais são reconhecidamente órgãos de segurança pública e aquelas devidamente criadas e instituídas integram o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

STF. Plenário. ADPF 995/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28/8/2023 (Info 1105).

***O Ministério Público está correto? Com a decisão do STF na ADPF 995/DF, o entendimento consolidado do STJ exposto no REsp 1977119-SP foi superado?***

NÃO.

O STJ – e nenhum outro órgão jurisdicional – pode afirmar que a guarda municipal não é órgão de segurança pública. Isso porque o STF afirmou, com eficácia vinculante na ADPF, que a guarda municipal é sim órgão de segurança pública.

Por outro lado, o STJ continua decidindo que a guarda municipal não pode exercer atribuições das polícias civis e militares. A atuação da guarda municipal deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município.

Assim, o STJ, depois da decisão do STF na ADPF 995/DF, decidiu que:

**As guardas municipais, a despeito de não estarem previstas nos incisos do art. 144 da CF/88, exercem atividade de segurança pública e integram o Sistema Único de Segurança Pública. Isso, todavia, não significa que elas tenham a mesma amplitude de atuação das polícias.**

STJ. 3<sup>a</sup> Seção. HC 830.530-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/9/2023 (Info 791).

O acórdão é bem extenso, no entanto, vou destacar aqui alguns pontos mais importantes.

***Atuação das guardas municipais na repressão criminal***

O art. 301 do CPP afirma que qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito. Desse modo, os guardas municipais também podem realizar prisões em flagrante.

Entretanto, nem sempre a situação flagrancial é evidente e indiscutível a ponto de legitimar, sem dúvidas, a atuação de qualquer do povo. Muitas vezes, o flagrante só é descoberto após a realização de medidas invasivas típicas da atividade policial, tais como a busca domiciliar e a busca pessoal.

Diante disso, é importante analisar até que ponto é possível que as guardas municipais atuem sem extrapolar o âmbito de suas atribuições, sobretudo à luz da preocupante constatação de que o escopo da corporação vem sendo significativamente desvirtuado na prática.

***A guarda municipal na CF/88***

O § 8º do art. 144 da CF/88 estabelece que “Os Municípios poderão constituir guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Nota-se que o dispositivo limita a atuação das guardas municipais à proteção de seus bens, serviços e instalações, a apontar que, embora estejam dentro do Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública e integrem o Sistema Único de Segurança Pública, as guardas municipais não possuem a mesma amplitude de atuação das polícias.

Conforme anota José Afonso da Silva, jurista responsável por assessorar a Assembleia Nacional, “os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de Polícia Municipal” (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 653).

Constata-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 – por opção político-democrática expressa do constituinte – não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “Polícias Municipais”.

***Por que não uma polícia municipal?***

Um argumento corriqueiramente usado para defender a ampliação do escopo de atuação das guardas municipais – e do próprio efetivo do seu corpo funcional – é a escalada da criminalidade. Segundo essa ótica, não haveria razão para impedir que haja mais um órgão para proporcionar tranquilidade aos cidadãos, o que só traria benefícios à sociedade.

Contudo, há dois problemas decorrentes desse raciocínio.

Em primeiro lugar, tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil – em contrapartida à possibilidade de exercerem a força pública e o monopólio estatal da violência – estão sujeitas a rígido controle correccional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF/88) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual). As guardas municipais, porém, não estão sujeitas a nenhum controle correccional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário; respondem apenas, administrativamente, ao comando dos prefeitos locais e de suas corregedorias internas.

Fossem elas verdadeiras polícias, por certo também deveriam estar sujeitas ao controle externo do Parquet e do Poder Judiciário, em correições periódicas.

Além disso, se, mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal, já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.

Mais do que isso, pode-se pensar ainda no perigo de guerras civis internas instrumentalizadas por meio de milícias locais, ou até em eventuais insurgências armadas de comandos municipais diante do poder estadual em virtude de divergências políticas entre as respectivas lideranças.

Veja-se, nesse sentido, que há inúmeras cidades pelo país afora – até mesmo de tamanho diminuto, como é o caso de Campina Grande do Sul-PR, com apenas 40 mil habitantes – equipando as guardas municipais com fuzis, equipamentos de uso bélico e de alto poder letal. Não por outra razão, já existem guardas municipais que receberam o apelido de Bope, em referência ao Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar do Rio de Janeiro, tornado famoso no filme “Tropa de Elite”.

A exemplificar esse desvirtuamento, o relator mencionou que muitas dessas guardas municipais, especialmente no Estado de São Paulo, estão alterando suas denominações para “Polícia Municipal”, o que vem sendo corretamente rechaçado pelo colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele Estado. Citou o exemplo de Holambra, no qual a guarda municipal praticamente substituiu a PM e a PC, pois cerca de 80,2% das ocorrências apresentadas nas delegacias foram feitas pela guarda municipal, 14,8 pela PM e 5% pela PC.

O relator destacou que esse cenário se repete em várias outras cidades, o que vem causando aumento no número de relatos de abusos praticados por tais guardas.

Concluiu assim que fica evidente a impossibilidade de se admitir uma polícia municipal no Brasil, além do risco concreto que isso representa para o país e para o Estado Democrático de Direito.

***Poder de polícia X poder das polícias***

O fato de as guardas municipais não haverem sido incluídas nos incisos do art. 144, caput, da CF não afasta a constatação de que elas exercem atividade de segurança pública e têm poder de polícia, e razoável parcela da celeuma que se instala sobre o tema decorre de certa confusão que circunda na interpretação das expressões “segurança pública” e “poder de polícia”.

“Poder de polícia” é conceito de direito administrativo previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional e explicado pela doutrina como “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2015, 158).

Já o “poder das polícias” ou “poder policial”, típico dos órgãos policiais, é marcado pela possibilidade de uso direto da força física para fazer valer a autoridade estatal, o que não se verifica nas demais formas de

manifestação do poder de polícia, que somente são legitimadas a se valer de mecanismos indiretos de coerção, tais como multas e restrições administrativas de direitos.

Dessa forma, o “poder das polícias” ou “poder policial” diz respeito a um específico aspecto do poder de polícia relacionado à repressão de crimes em geral pelos entes policiais, de modo que “todo órgão policial exerce poder de polícia, mas nem todo poder de polícia é necessariamente exercido por um órgão policial”. Um agente de vigilância sanitária, por exemplo, quando aplica multa e autua um restaurante por descumprimento a normas de higiene, o faz em exercício de seu poder de polícia, mas nem de longe se pode compará-lo com um agente policial que usa a força física para submeter alguém a uma revista pessoa.

Por essa razão, no RE n. 658.570/MG (Tema de Repercussão Geral n. 472), ao decidir ser “constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas”, o Supremo Tribunal Federal assentou-se no argumento vencedor do Ministro Roberto Barroso de que o exercício do poder de polícia “não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais” (RE n. 658.570/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 30/9/2015).

E foi por isso que, no julgamento do REsp n. 1.977.119/SP, se considerou que os guardas municipais são “agentes públicos com atribuição *sui generis* de segurança pública”. Primeiro, porque, “embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição, estão inseridos no § 8º de tal dispositivo. E, segundo, porque, conquanto não sejam órgãos policiais propriamente ditos, exercem poder de polícia e também algum poder policial residual e excepcional dentro dos limites de suas atribuições.

#### ***Busca pessoal realizada por guardas municipais***

A finalidade legal da busca pessoal é probatória, razão pela qual, mesmo se presente a fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só pode ser realizada pelos agentes pertencentes aos órgãos estatais com atribuição para a prática de diligências probatórias criminais invasivas, o que não é o caso, em regra, das guardas municipais.

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

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

O relator fez uma distinção entre as buscas pessoais previstas no art. 244, do CPP, com as buscas pessoais que não tem natureza processual penal, como, por exemplo, aquelas feitas na entrada de bancos ou de eventos. Ressaltou que essas últimas podem ser realizadas por agentes de segurança privada mesmo despidas dos requisitos do art. 244, do CPP. Citou a distinção feita por Renato Brasileiro:

a) **busca pessoal por razões de segurança**: é aquela realizada em festas, boates, aeroportos, rodoviárias, etc. Essa espécie de busca pessoal não está regulamentada pelo Código de Processo Penal, devendo ser executada de maneira razoável e sem expor as pessoas a constrangimento ou à humilhação. Sua execução tem natureza contratual, ou seja, caso a pessoa não se submeta à medida, não poderá se valer do serviço oferecido nem tampouco frequentar o estabelecimento;

b) **busca pessoal de natureza processual penal**: deve ser determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro

elemento de convicção". (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume Único, Salvador: Juspodivm, 2020, p. 806-807).

No caso das guardas municipais, não haveria dúvidas de que a busca pessoal se enquadraria na segunda hipótese, vedada, em regra, aos guardas municipais.

Ao dispor, no art. 301 do CPP, que "*qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*", o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os **flagrantes visíveis de plano**, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade" (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.027).

Distinta, no entanto, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada depois de realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa, como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes. E, conforme sedimentada jurisprudência do STJ, a mera descoberta de situação de flagrante posterior não convalida a ilegalidade prévia na busca, seja ela pessoal ou domiciliar.

Concluiu que **da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns**, de modo que, se, por um lado, não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro, também não estão plenamente reduzidos à mera condição de "qualquer do povo". Trata-se de **agentes públicos que desempenham atividade de segurança pública e são dotados do importante poder-dever de proteger os bens, serviços e instalações municipais, assim como os seus respectivos usuários**.

É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, para garantir que não tenham sua estrutura danificada por vândalos, ou que seus frequentadores não sejam vítimas de furto, roubo ou algum tipo de violência, a fim de permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa linha, **guardas municipais podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade de tutelar os bens, serviços e instalações municipais e, por decorrência, os seus respectivos usuários, sem que lhes seja autorizado atuar como verdadeira polícia para reprimir e investigar a criminalidade urbana ordinária**.

Nesse contexto, **poderão realizar busca pessoal em situações excepcionais – e por isso interpretadas restritivamente – nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação com a finalidade da corporação, como instrumento imprescindível para a realização de suas atribuições**. Aqui, sim, se aplica a teoria dos poderes implícitos, de modo que, para o fim exclusivo de conseguirem realizar adequadamente a tutela dos bens, serviços e instalações municipais, assim como dos seus respectivos usuários, estão as guardas municipais autorizadas – se presentes os requisitos do art. 244 do CPP – a revistar indivíduos sobre os quais recaia fundada suspeita da prática de crimes que atinjam, de maneira clara, direta e imediata, os bens, serviços e instalações do município ou as pessoas que os estejam usando. Nesse sentido, citou alguns exemplos: "alguém que seja visto tentando pular o muro para fora de uma escola municipal em situação que indique ser provável haver furtado um bem pertencente à instituição e ter consigo a res furtiva; ou, ainda, a hipótese de existir fundada suspeita de que um indivíduo esteja vendendo drogas

dentro da sala de aula de uma escola municipal, ou mesmo eventual suspeita de que alguém esteja escondendo uma arma para praticar um ataque aos alunos de uma creche municipal. Nessas **situações extraordinárias**, os guardas municipais estarão autorizados a revistar o suspeito para confirmar a existência do crime e efetuar a prisão em flagrante delito, se for o caso.

## **Conformidade do julgado com a jurisprudência do STF**

Em dois conhecidos julgados, pontuou-se no Pretório Excelso, com clareza, que as guardas municipais “executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, CF)” (RE n. 846.854/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 7/2/2018), de modo que, “atualmente, portanto, não há nenhuma dúvida judicial ou legislativa da presença efetiva das Guardas Municipais no sistema de segurança pública do país” (ADC n. 38/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 18/5/2021).

Na primeira decisão, concluiu-se que as guardas municipais se submetem à tese firmada no ARE n. 654.432/GO, de que “O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública”. Já na segunda, permitiu-se o porte de arma de fogo por guardas municipais independentemente do número de habitantes do município.

O STF, porém, apesar de admitir que as guardas municipais integram o sistema de segurança pública e exercem atividade dessa natureza, nunca as equiparou por completo aos órgãos policiais para todos os fins. Ressaltou, ainda, que o fato de o STF ter reconhecido que as guardas municipais integram o Sistema de Segurança Pública, **não lhes conferiu poderes idênticos aos dos órgãos policiais**. Lembrou que os bombeiros militares e os policiais penais, por exemplo, também integram o rol de órgãos de segurança pública previsto nos incisos do art. 144, caput, da Constituição, mas nem por isso se cogita que possam realizar atividades alheias às suas atribuições, como fazer patrulhamento ostensivo e revistar pessoas em via pública à procura de drogas.

## **Voltando ao caso concreto**

No caso concreto, não havia situação prévia de flagrante delito que autorizasse a atuação da guarda municipal como seria dado a qualquer do povo fazê-lo.

Havia mera desconfiança de que o acusado (João) estivesse na posse de algo ilícito; só depois da revista pessoal é que a suspeita se confirmou e se configurou a situação flagrancial que ensejou a prisão.

No caso, ainda que, eventualmente, se considerasse provável que o réu ocultasse objetos ilícitos, isto é, que havia fundada suspeita de que ele escondia drogas, não existia certeza sobre tal situação a ponto de autorizar a imediata prisão em flagrante por parte de qualquer do povo, com amparo no art. 301 do CPP. Tanto que só depois de constatado que havia drogas dentro das vestes íntimas do réu é que se deu voz de prisão em flagrante para ele, e não antes.

Sendo assim, caberia aos agentes, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que, se fosse o caso, realizassem a abordagem e a revista do suspeito, o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por violação dos arts. 244 e 301 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, segundo o qual “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

## **TRIBUNAL DO JÚRI**

**O princípio do in dubio pro societate é aplicado na decisão de pronúncia?**

**Importante!!!**

**Tema polêmico**

ODS 16

**O princípio do in dubio pro societate é aplicado na decisão de pronúncia?**

**5ª Turma do STJ: SIM**

**Na fase da pronúncia, não se aplica o princípio do in dubio pro reo, porquanto, nesta fase, prevalece o in dubio pro societate, em que não se exige um juízo de certeza para fins de submissão da questão ao Tribunal do Júri.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 860.660/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7/11/2023.

#### **6ª Turma do STJ: NÃO**

A 6ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 2.091.647/DF, afirmou que o chamado *in dubio pro societate* não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não se pode admitir que toda e qualquer dúvida autorize uma pronúncia. Aliás, o próprio nome do suposto princípio parte de premissa equivocada, uma vez que nenhuma sociedade democrática se favorece pela possível condenação duvidosa e injusta de inocentes.

O fato de não se exigir um juízo de certeza quanto à autoria nessa fase não significa legitimar a aplicação da máxima *in dubio pro societate*.

O standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - e o da certeza além de qualquer dúvida razoável necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.091.647-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/9/2023 (Info 791).

#### **NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE**

##### ***Em que consiste o princípio do in dubio pro societate?***

O princípio do *in dubio pro societate* significa que, na dúvida, havendo indícios mínimos da autoria, deve-se dar prosseguimento à ação penal, ainda que não se tenha certeza de que o réu foi o autor do suposto delito. Em uma tradução literal, seria algo como “na dúvida, em favor da sociedade”.

O princípio do *in dubio pro societate* contrapõe-se ao princípio do *in dubio pro reo* (“na dúvida, em favor do réu”).

##### ***O princípio do in dubio pro societate continua vigorando no ordenamento jurídico brasileiro?***

A doutrina mais moderna critica a existência desse princípio, afirmando que ele é contrário às garantias conferidas ao réu. Apesar disso, a jurisprudência majoritária continua aplicando esse princípio em duas fases:

- 1) No momento do recebimento da denúncia;
- 2) Na decisão de pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri.

Veja abaixo alguns julgados e observações sobre o tema:

##### ***1) No momento do recebimento da denúncia:***

A propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de autoria. A certeza, a toda evidência, somente será comprovada ou afastada após a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do *in dubio pro societate*.

STJ. 5ª Turma. RHC 93.363/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 24/05/2018.

Na fase de deliberação quanto à possibilidade de recebimento da denúncia, na qual vigora o princípio do *in dubio pro societate*, afigura-se como suficiente para que se autorize a instauração da ação penal tão somente a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade.

STF. 1ª Turma. AO 2275, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2018.

No momento da denúncia, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*.

STF. 1ª Turma. Inq 4506/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 17/04/2018 (Info 898).

Embora não se admita a instauração de processo sem qualquer sustentáculo probatório, nessa fase deve ser prestigiado o princípio do *in dubio pro societate*. É dizer, o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, não pode cercear o *jus acusationis*, salvo se ausente a justa causa para o exercício da ação penal.

STF. Plenário. Pet 9007, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 29/06/2023.

## **2) Na decisão de pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri:**

A 5ª Turma do STJ é repleta de julgados afirmando expressamente que esse princípio se aplica nessa fase processual. Veja:

Na fase da pronúncia, não se aplica o princípio do *in dubio pro reo*, porquanto, nesta fase, prevalece o *in dubio pro societate*, em que não se exige um juízo de certeza para fins de submissão da questão ao Tribunal do Júri.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 860.660/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7/11/2023.

A pronúncia não demanda juízo de certeza necessário à sentença condenatória, uma vez que as eventuais dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se em favor da sociedade - *in dubio pro societate*. Por conseguinte, havendo elementos indiciários que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, ainda que eventual, a divergência deve ser solvida pelo Conselho de Sentença, evitando-se a indevida invasão da sua competência constitucional.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 818.001/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 14/8/2023.

Também são encontrados julgados do STF no mesmo sentido:

Na sentença de pronúncia deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*, não existindo nesse ato qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto tem por objetivo a garantia da competência constitucional do Tribunal do Júri.

STF. 2ª Turma. ARE 986566 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/08/2017.

Nos crimes dolosos contra a vida, o princípio *in dubio pro societate* é amparado pela Constituição Federal, de modo que não há qualquer inconstitucionalidade no seu postulado.

STF. 2ª Turma. ARE 1082664 ED-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/10/2018.

A 6ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 2.091.647/DF, decidiu que não mais utilizaria a expressão “princípio do *in dubio pro societate*”:

(...) A pronúncia consubstancia, dessa forma, um juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (art. 413, caput, do CPP). (...)

4. A desnecessidade de prova cabal da autoria para a pronúncia levou parte da doutrina - acolhida durante tempo considerável pela jurisprudência - a defender a existência do *in dubio pro societate*, princípio que alegadamente se aplicaria a essa fase processual.

Todavia, o fato de não se exigir um juízo de certeza quanto à autoria nessa fase não significa legitimar a aplicação da máxima *in dubio pro societate* - que não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro - e admitir que toda e qualquer dúvida autorize uma pronúncia. Aliás, o próprio nome do suposto princípio parte de premissa equivocada, uma vez que nenhuma sociedade democrática se favorece pela possível condenação duvidosa e injusta de inocentes.

(...)

11. Assim, o standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (BARD ou outro standard que se tenha por equivalente) - necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

12. A adoção desse standard desponta como solução possível para conciliar os interesses em disputa dentro das balizas do ordenamento. Resguarda-se, assim, a função primordial de controle prévio da pronúncia sem invadir a competência dos jurados e sem permitir que o réu seja condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a sua negativa. (...)

STJ. 6ª Turma. REsp 2.091.647/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/9/2023.

No entanto, mesmo assim, percebe-se que a 6ª Turma mantém algumas vezes os acórdãos dos Tribunais de origem que adotam essa expressão, desde que esteja “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (art. 413, caput, do CPP):

Quando a Corte local faz menção ao princípio *in dubio pro societate*, faz no sentido de que a decisão de pronúncia traz um caráter meramente declaratório, ou seja, não é preciso que se exija a certeza, a prova plena da autoria, basta que existam indícios; os quais, no caso dos autos, existem, sendo necessário o julgamento pelo Tribunal Popular.

Agravo regimental improvido.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 807.583/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/10/2023.

Pelo entendimento deste colegiado, vale na etapa da pronúncia o brocardo *in dubio pro societate*. Em minha visão pessoal, a rigor, o *in dubio pro societate* não existe. Quando nos referimos a ele como “princípio”, o utilizamos na verdade como uma simples metáfora ou um atalho argumentativo, para expressar, em poucas palavras, que a pronúncia tem standards probatórios próprios, não se confundindo com uma sentença condenatória.

De todo modo, não proponho alterarmos o entendimento da Turma sobre a aplicação do *in dubio pro societate*. Apenas registro aqui minha visão particular a seu respeito, alinhada à nova orientação da Sexta Turma firmada no julgamento do REsp 2.091.647/DF, finalizado em 26/9/2023, quando aquele colegiado baniu de seu léxico o *in dubio pro societate*.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.236.994/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 21/11/2023.

***E na análise da autoria e materialidade durante prolação da sentença (sem ser Tribunal do Júri), adota-se aqui também o princípio do in dubio pro societate?***

NÃO. Nesta fase, adota-se o princípio do *in dubio pro reo*. A insuficiência de provas conduz à absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

#### **Revisão criminal**

Existem alguns julgados que aplicam o princípio do *in dubio pro societate* no julgamento da revisão criminal:

A retratação da vítima após o trânsito em julgado da condenação criminal no âmbito da justificação judicial, especialmente nos crimes contra a dignidade sexual, deve se mostrar hábil, de modo inequívoco, a derruir a sentença condenatória, não sendo, assim, fundamento único a ensejar a absolvição do Apenado, especialmente em razão de prevalecer, na ação revisional, os princípios do *in dubio pro iudicato* e do *in dubio pro societate*.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 778.377/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3/10/2023.

**ANÁLISE DO RESP 2.091.647-DF, NO QUAL A 6ª TURMA DO STJ DECIDIU ABANDONAR A EXPRESSÃO IN DUBIO PRO SOCIETATE**

***Imagine a seguinte situação adaptada:***

No dia 02/01/2020, por volta das 14h, Gustavo, que caminhava pela rua, foi baleado, vindo a falecer. Dois policiais que estavam de folga em uma residência nas proximidades escutaram o barulho dos tiros e foram alertados por uma vizinha de que alguns homens que estavam em um veículo FIAT/SIENA PRETO teriam matado uma pessoa.

De imediato, os policiais saíram em um veículo próprio e conseguiram localizar o SIENA. Passaram então a persegui-lo e solicitaram apoio policial.

Na sequência, conseguiram abordar o veículo, no qual estavam Érico, Ítalo e Dênis. No interior do veículo encontraram uma pistola e um revólver.

Ainda no local, Ítalo confessou que havia acabado de matar um cara, “inclusive disse que havia dado um ‘confere’ na cabeça da vítima, para ter certeza que tinha morrido”. Afirmou, ainda que praticou o homicídio para vingar a morte de um amigo, que tinha sido morto pela vítima.

Na delegacia, Ítalo e Dênis confirmaram essa versão. Ambos disseram que solicitaram um UBER e pediram para que o motorista (Érico) os levassem até o local. Lá chegando, pediram para o motorista parar e desceram a pé até a rua de baixo, encontrando a vítima. Após matarem Gustavo, retornaram para o UBER e pediram para o motorista levá-los de volta.

Em seu depoimento prestado perante a autoridade policial, Érico também confirmou essa versão.

Concluído o inquérito, o Ministério Pùblico apresentou denúncia contra Ítalo, Dênis e o motorista Érico pelo homicídio qualificado e por porte ilegal de arma de fogo.

A denúncia foi recebida e regularmente processada.

Ao final da instrução, os réus foram **pronunciados** pela prática dos crimes.

Na decisão de pronúncia, o magistrado pronunciou Érico invocando o princípio do *in dubio pro societate*:

“Na fase da pronúncia, a atividade jurisdicional adota o princípio do ‘*in dubio pro societate*’ que prevalece sobre o ‘*in dubio pro reo*’, de modo a resguardar a competência constitucional do júri popular em relação aos crimes dolosos contra a vida.

No caso concreto, cotejando os depoimentos colhidos em juízo, verifico que não há controvérsia acerca do fato de o acusado Érico ter sido o condutor do veículo descrito na denúncia nas circunstâncias também ali delineadas. A controvérsia paira sobre o elemento subjetivo da conduta, na medida em que o acusado Érico alega que não conhecia e, por isso, não tinha ciência de que os acusados Ítalo e Dênis iriam praticar o delito de homicídio, ao passo que o Ministério Pùblico sustenta que Érico concorreu para a prática do crime. Ocorre que, em face da prova oral colhida judicialmente, a emissão de juízo de certeza acerca do elemento subjetivo da conduta do acusado Érico também deve ser submetida ao Conselho de Sentença do Tribunal, Juízo natural da causa”.

Inconformado, Érico interpôs recurso em sentido estrito, mas o Tribunal de Justiça manteve a pronúncia afirmando também que, nesta fase, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, o que significa dizer que cabe ao júri popular a análise mais aprofundada das provas, a fim de dirimir eventuais dúvidas existentes acerca do elemento subjetivo do delito.

Érico não concordou e interpôs recurso especial.

***O STJ deu provimento ao recurso?***

SIM. A 6ª Turma do STJ, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, para despronunciar Érico. O que há de mais relevante para você conhecer sobre esse julgado:

**A 6ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 2.091.647/DF, afirmou que o chamado *in dubio pro societate* não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não se pode admitir que toda e qualquer dúvida autorize uma pronúncia. Aliás, o próprio nome do suposto princípio parte de premissa**

**equivocada, uma vez que nenhuma sociedade democrática se favorece pela possível condenação duvidosa e injusta de inocentes.**

O fato de não se exigir um juízo de certeza quanto à autoria nessa fase não significa legitimar a aplicação da máxima *in dubio pro societate*.

O standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - e da certeza além de qualquer dúvida razoável necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.091.647-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/9/2023 (Info 791).

Veja abaixo um resumo do voto do Ministro Relator, caso queira aprofundar o estudo:

**A falácia do *in dubio pro societate***

A fim de reduzir o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF/88), seja para absolver, seja para condenar, exige-se uma prévia instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado, que encerra a primeira etapa do procedimento previsto no Código de Processo Penal, com a finalidade de submeter a julgamento no Tribunal do Júri somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, caput e § 1º, do CPP.

Assim, tem essa fase inicial do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*judicium accusationis*) funciona como um importante filtro pelo qual devem passar somente as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*judicium causae*).

A pronúncia consubstancia, dessa forma, um juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (art. 413, caput, do CPP).

A leitura do referido dispositivo legal permite extrair **dois standards probatórios distintos**: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação.

Ao usar a expressão “**convencido da materialidade**”, o legislador impôs, nesse ponto, **a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes**, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados.

A desnecessidade de prova cabal da autoria para a pronúncia levou parte da doutrina – acolhida durante tempo considerável pela jurisprudência – a defender a existência do *in dubio pro societate*, princípio que alegadamente se aplicaria a essa fase processual.

Respeitada essa vertente distinta de pensamento, o Ministro Relator defendeu que o fato de não se exigir um juízo de certeza quanto à autoria nessa fase não significa legitimar a aplicação da máxima *in dubio pro societate* – que não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro – e admitir que toda e qualquer dúvida autorize uma pronúncia. Aliás, o próprio nome do **suposto** princípio parte de premissa equivocada, na medida em que **nenhuma sociedade democrática se favorece pela possível condenação duvidosa e injusta de inocentes**.

Sustenta que a negativa de aplicação do *in dubio pro societate* na pronúncia não implicaria violação da soberania dos vereditos ou usurpação da competência dos jurados, a qual só se inaugura na segunda etapa do procedimento bifásico. **Trata-se, apenas, de analisar os requisitos para a submissão do acusado ao tribunal popular sob o prisma dos standards probatórios**, os quais representam, em breve síntese, “regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve ter, a partir das provas, para poder ser considerada provada para os fins de se adotar uma determinada decisão”.

Segundo Ferrer-Beltrán, “o grau de exigência probatória dos distintos standards de prova para distintas fases do procedimento **deve seguir uma tendência ascendente**”, isto é, **progressiva**, pois, como explica Caio Massena, “não seria razoável, a título de exemplo, para o recebimento da denúncia – antes, portanto,

da própria instrução probatória, realizada em contraditório – exigir um standard de prova tão alto quanto aquele exigido para a condenação”.

Essa tendência geral ascendente e progressiva decorre, também, de uma **importante função política dos standards probatórios**, qual seja, a de **distribuir os riscos de erro entre as partes** (acusação e defesa), erros estes que podem ser tanto **falsos positivos** (considerar provada uma hipótese falsa, por exemplo: condenação de um inocente) quanto **falsos negativos** (considerar não provada uma hipótese verdadeira, por exemplo: absolvição de um culpado).

Como a pronúncia se situa na penúltima etapa (antes apenas da condenação) e se trata de medida consideravelmente danosa para o acusado – que será submetido a julgamento imotivado por jurados leigos –, o standard deve ser razoavelmente elevado e o risco de erro deve ser suportado mais pela acusação do que pela defesa, ainda que não se exija um juízo de total certeza para submeter o réu ao Tribunal do Júri.

Deve-se distinguir, portanto, a dúvida que recai sobre a autoria – a qual, se existentes indícios suficientes contra o acusado, só será dirimida ao final pelos jurados, porque é deles a competência para o derradeiro juízo de fato da causa – da dúvida quanto à própria presença dos indícios suficientes de autoria (metadúvida, dúvida de segundo grau ou de segunda ordem), que deve ser resolvida em favor do réu pelo magistrado na fase de pronúncia.

#### ***Standard probatório para a decisão de pronúncia quanto à autoria e à participação***

É preciso esclarecer, inicialmente, que o termo “indícios”, no art. 413 do CPP, não é empregado na acepção de “*prova indireta*”, tal como definido no art. 239 do CPP, mas sim – da mesma forma que nos arts. 126 (determinação de sequestro de bens) e 312 do CPP (decretação de prisão preventiva) – como “*elemento de prova de menor valor persuasivo ou prova semiplena, expressão herdada do velho sistema das provas legais*”

Ressalte-se, ainda, que a lei não fala em quaisquer indícios de autoria, mas sim em “*indícios suficientes*”, adjetivo que qualifica e reforça a exigência de demonstração, ainda que não cabal, da autoria ou da participação delitiva.

Esse juízo de suficiência sobre o nível de exigência probatória necessário para superar a etapa de pronúncia no que se refere à autoria ou à participação, entre os autores que refutam a existência do *in dubio pro societate*, é objeto de **duas correntes principais**:

A **primeira** foi encampada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no mencionado ARE 1.067.392/CE e propõe que “*a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória*”.

**Contrapondo-se a essa posição**, Rafael Fecury, sustenta ser aplicável, para que a pronúncia cumpra adequadamente sua importante função de filtro contra possíveis condenações injustas, um **standard de elevada probabilidade**, representado pelo que se convencionou chamar no direito norte-americano de *clear and convincing evidence* pois “*ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o standard da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável*”

O relator entendeu que essa segunda posição seria a mais adequada ao papel desempenhado pela pronúncia, porque:

- 1) a mera preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias não implica incremento suficiente ao standard exigido para o recebimento da denúncia e
- 2) uma vez que os jurados não fundamentam seu veredito, o réu poderia ser condenado com base em mera preponderância de provas incriminatórias, standard francamente incompatível com a presunção de inocência que ilumina o processo penal.

Assim, em conclusão, “o standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e à participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) – típico do recebimento da denúncia – e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (BARD ou outro standard que se tenha por

equivalente) – necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado”.

Nas palavras do relator, “não pode o juiz, na pronúncia, “lavar as mãos” – tal qual Pôncio Pilatos – e invocar o “*in dubio pro societate*” como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa, submetendo ao Tribunal popular acusações não fundadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva”.

**Caso dos autos**

Não há nos autos nenhum indício robusto de que o Érico haja participado conscientemente do crime, porque:

- a) nenhum objeto ilícito foi apreendido com ele;
- b) nenhum elemento indicativo de que ele conhecesse ou tivesse relação com os corréus nem com a vítima foi apresentado;
- c) não consta que ele haja tentado empreender fuga dos policiais na condução do veículo quando determinada a sua abordagem;
- d) os corréus negaram conhecer o acusado e afirmaram que ele era apenas motorista;
- e) as testemunhas de defesa confirmaram que o acusado trabalhava com transporte de passageiros.

Assim, uma vez que não foi apontada a presença de indícios suficientes de participação do recorrente no delito que pudessem demonstrar, com elevada probabilidade, o seu envolvimento no crime, o réu deveria ser despronunciado.

**Em suma:**

**Para a decisão de pronúncia, exige-se elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado, não se aplicando o princípio *in dubio pro societate*.**

STJ. 6ª Turma. REsp 2.091.647-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/9/2023 (Info 791).

**RECURSOS**

**Cabe à defesa técnica a análise de conveniência e oportunidade a respeito de eventual recurso, no caso de conflito de vontades entre o acusado e o defensor**

ODS 16

**Havendo conflito de vontades entre o acusado e o defensor, quanto à interposição de recurso, resolve-se, de modo geral, em favor da defesa técnica, seja porque tem melhores condições de decidir da conveniência ou não de sua apresentação, seja como forma mais adequada de garantir o exercício da ampla defesa.**

**Ante o princípio da voluntariedade recursal, cabe à defesa analisar a conveniência e oportunidade na interposição dos recursos, não havendo falar em deficiência de defesa técnica pela ausência de interposição de insurgência contra a decisão que inadmitiu os recursos extraordinários anteriormente interpostos.**

STJ. 6ª Turma. HC 839.602-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

João foi denunciado pela prática do crime de receptação (art. 180, do CP).

Ao final da instrução, ele foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, substituída por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade).

João, assistido pela Defensoria Pública, interpôs recurso de apelação.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso.

João interpôs recurso especial.

A Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, em juízo de admissibilidade recursal, inadmitiu o recurso especial, sob o argumento de que a instância ordinária é soberana na análise das provas, sendo vedado seu reexame em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

A Defensoria Pública foi intimada pessoalmente dessa decisão e não manifestou interesse em recorrer (permaneceu inerte). Vale ressaltar que poderia ter sido interposto agravo em recurso especial.

O réu ingressou com uma petição no TJ, assinada por ele próprio, manifestando discordância com a decisão e requerendo a intimação da Defensoria Pública para apresentar agravo.

A Vice-Presidência do TJ indeferiu o pedido.

Diante desse cenário, João impetrou habeas corpus em seu favor, perante o STJ, alegando que expressou sua vontade de recorrer da decisão que inadmitiu o seu recurso especial e que, mesmo assim, o TJ não determinou a intimação da DPE para interpor o agravo em recurso especial.

Afirmou que havendo discordância sobre a conveniência da interposição de recurso, deve prevalecer a manifestação de vontade quem optar por sua apresentação, quer prova da defesa técnica ou da autodefesa.

Pediu, então, para que fosse reaberto o prazo para interposição de agravo em recurso especial.

***O STJ concordou com os argumentos do réu?***

NÃO.

A não interposição de recursos extraordinários (ou os respectivos agravos) pela defesa técnica não evidencia desídia. Isso porque, com lastro no princípio da voluntariedade dos recursos, previsto no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, cabe à defesa técnica analisar a conveniência e a oportunidade a respeito de eventual interposição dos recursos extraordinários:

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:  
(...)

Nesse sentido:

Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão de habeas corpus de ofício na hipótese de mera ausência de interposição de recursos excepcionais, ante o princípio da voluntariedade dos recursos.

STF. 1ª Turma. HC 110.592, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 22/6/2012.

Assim, o fato de a defesa técnica não ter ingressado com agravo em recurso especial não configura nulidade por ausência ou deficiência de defesa:

Ante o princípio da voluntariedade recursal, cabe à defesa analisar a conveniência e oportunidade na interposição dos recursos, não havendo falar em deficiência de defesa técnica pela ausência de interposição de insurgência contra a decisão que inadmitiu os recursos extraordinários anteriormente interpostos.

STJ. 6ª Turma. HC 174.724/AC, Rel. Min. Marilza Maynard – Des. Conv. do TJ/SE -, julgado em 13/5/2014.

Havendo conflito de vontades entre o acusado e o defensor, quanto à interposição de recurso, resolve-se, de modo geral, em favor da defesa técnica, seja porque tem melhores condições de decidir da conveniência ou não de sua apresentação, seja como forma mais apropriada de garantir o exercício da ampla defesa (STF. 2ª Turma. RE 188.703/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 4/8/1995).

***Em suma:***

**Cabe à Defesa Técnica a análise de conveniência e oportunidade a respeito de eventual recurso, no caso de conflito de vontades entre o acusado e o defensor.**

STJ. 6ª Turma. HC 839.602-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3/10/2023 (Info 791).

**NULIDADES**

**Só há nulidade pela falta de científicação do acusado sobre o seu direito de permanecer em silêncio, em fase de inquérito policial, caso demonstrado o efetivo prejuízo**

**Importante!!!**

ODS 16

**Caso hipotético:** foi instaurado inquérito policial para apurar um homicídio. Rodrigo foi convocado para depor na qualidade de testemunha. Em seu depoimento, ele disse que não sabia nada sobre o crime, que estava próximo ao local, mas que não viu o homicídio. Posteriormente, outras testemunhas apontaram que Rodrigo havia sido o autor do homicídio. Ele foi denunciado. A defesa impetrhou habeas corpus alegando nulidade tendo em vista que, ao ser ouvido na polícia, Rodrigo não foi informado do seu direito de permanecer em silêncio. O pedido não deve ser acolhido.

O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, exige que se demonstre que houve efetivamente prejuízo à parte. Sem essa demonstração de prejuízo, a nulidade não deve ser declarada prevalecendo o princípio da instrumentalidade das formas positivado no art. 563 do CPP.

No caso concreto, não houve prejuízo porque o réu, mesmo sem ser advertido de seu direito ao silêncio, não declarou nada que lhe pudesse prejudicar. Ao contrário. Ele negou veementemente a autoria do delito.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 798.225-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12/6/2023 (Info 791).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

Foi instaurado um inquérito policial para apurar um homicídio.

Rodrigo foi convocado para depor na qualidade de testemunha.

Vale lembrar que a testemunha, antes de iniciar o seu depoimento, assume, perante a autoridade, o compromisso de dizer a verdade. Caso a testemunha faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade, ela poderá até mesmo ser acusada do crime de falso testemunho (art. 342 do CP).

Em seu depoimento, Rodrigo disse que não sabia nada sobre o crime, que estava próximo ao local, mas que não viu o homicídio.

Posteriormente, outras testemunhas apontaram que Rodrigo havia sido o autor do homicídio.

Rodrigo foi denunciado.

A defesa impetrhou habeas corpus alegando nulidade tendo em vista que, ao ser ouvido na polícia, Rodrigo não foi informado do seu direito de permanecer em silêncio.

O Tribunal de Justiça denegou a ordem por entender que não houve prejuízo uma vez que o acusado, ao ser ouvido, negou veementemente a autoria do crime, de modo que as suas declarações, ainda que fornecidas como testemunha, não lhe prejudicaram.

Inconformada, a defesa impetrhou habeas corpus ao STJ insistindo na tese de que houve nulidade diante da inobservância do direito à não autoincriminação.

***O STJ concordou com os argumentos da defesa?***

NÃO.

O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, exige que se demonstre que houve efetivamente prejuízo à parte. Sem essa demonstração de prejuízo, a nulidade não deve ser declarada prevalecendo o princípio da instrumentalidade das formas positivado no art. 563 do CPP:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Trata-se do chamado “pas de nullité sans grief”.

“Pas de nullité sans grief” é uma expressão francesa que significa “não há nulidade sem prejuízo”. Este princípio é aplicado no direito processual, tanto administrativo quanto penal, e estabelece que um ato processual só deve ser considerado nulo se houver uma efetiva demonstração de prejuízo para uma das partes envolvidas no processo. Em outras palavras, a mera existência de um vício processual não é suficiente para declarar a nulidade de um ato, é necessário que este vício tenha causado um prejuízo concreto e demonstrável para a defesa ou para a acusação. Este princípio está positivado no art. 563 do CPP.

Desse modo, para que haja a declaração de nulidade não basta que a parte alegue a existência de prejuízo. É necessário que demonstre, de forma efetiva, a sua ocorrência.

No caso concreto, não houve prejuízo porque o réu, mesmo sem ser advertido de seu direito ao silêncio, não declarou nada que lhe pudesse prejudicar. Ao contrário. Ele negou veementemente a autoria do delito.

Sobre o tema, confira o seguinte julgado do STJ:

Convém lembrar, ainda, que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, no curso do processo penal, segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 738.493/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/10/2022.

Além disso, vale relembrar que:

Eventuais máculas na fase extrajudicial não têm o condão de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa do inquérito policial.

STJ. 5ª Turma. RHC 119.097/MG, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), julgado em 11/2/2020.

#### ***Em suma:***

**Só há nulidade pela falta de científicação do acusado sobre o seu direito de permanecer em silêncio, em fase de inquérito policial, caso demonstrado o efetivo prejuízo.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 798.225-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12/6/2023 (Info 791).

**DOD PLUS – VEJA COMO A SITUAÇÃO PODERIA SER DIFERENTE EM CASO DE PREJUÍZO**

#### ***Imagine a seguinte situação hipotética:***

Foi instaurado inquérito policial para apurar o furto de um aparelho celular.

Diversas pessoas que trabalhavam no local onde ocorreu o crime foram convocadas a depor, na qualidade de testemunha, dentre elas, João.

João, após prestar o compromisso legal de dizer a verdade, iniciou seu depoimento afirmando que não sabia de nada e que não tinha estado no local onde o celular foi furtado naquele dia.

Depois de algumas perguntas, começou a entrar em contradição e solicitou à autoridade policial que desconsiderasse suas declarações anteriores, afirmado estar mentindo, mas que passaria a dizer a verdade, e, na sequência, assumiu ser ele o autor do furto.

Com base unicamente na confissão, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João pelo delito de furto.

#### ***Tese da defesa***

A denúncia foi recebida. O defensor de João impetrou, então, habeas corpus, alegando que a denúncia estava baseada em confissão inválida.

Segundo a defesa, houve ofensa ao direito do acusado de ficar em silêncio e não se auto incriminar (princípio do *nemo tenetur se detegere*). Isso porque João foi convocado para a inquirição como

testemunha, não tendo sido advertido pela autoridade de que tinha o direito de ficar em silêncio, recusando-se a responder perguntas que pudessem incriminá-lo. Assim, houve violação à garantia da ampla defesa.

**A tese da defesa foi acolhida pelo STF? A confissão prestada foi inválida?**

SIM. Ofende o princípio da não-autoincriminação a denúncia baseada unicamente em confissão que foi feita por pessoa ouvida na condição de testemunha, quando não lhe tenha sido feita a advertência quanto ao direito de permanecer calada.

O preso (e a pessoa que está sendo acusada em geral) tem o direito de permanecer em silêncio, nos termos do art. 5º, LXIII, da CF/88:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Essa garantia é uma expressão do princípio da não-autoincriminação, segundo o qual o acusado tem o direito de não produzir prova contra si mesmo.

A partir do momento em que a testemunha começou a prestar declarações que a incriminavam, a autoridade policial deveria ter encerrado seu depoimento como testemunha e ter iniciado outro, na condição de investigado (suspeito) e, antes de qualquer outra declaração, deveria ter esclarecido que ao interrogado que ele tinha o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma. Se mesmo ele sendo cientificado de seus direitos, resolvesse assumir o crime, então, essa confissão seria agora válida.

A falta de advertência quanto ao direito ao silêncio tornou ilícita a prova produzida.

Embora o inciso LXIII fale em pessoa presa, a doutrina e a própria jurisprudência do STF o ampliam para estendê-lo, também, às pessoas que estejam soltas e que sejam investigadas ou formalmente acusadas.

Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado.

STF. 2ª Turma. RHC 122279/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/8/2014 (Info 754).

### **EXECUÇÃO PENAL**

**É possível a unificação das penas de reclusão e de detenção,  
na fase de execução penal, para fim de fixação do regime prisional inicial**

**Importante!!!**

**Assunto já apreciado no Info 771-STJ**

ODS 16

**Se o condenado está cumprindo pena de reclusão e foi novamente condenado, agora à pena de detenção, deverá haver a unificação das penas, nos termos do art. 111 da LEP:**

**Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.**

**Parágrafo único. Sobre vindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.053.887-MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 15/5/2023 (Info 791).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

João cumpria pena de reclusão por ter sido condenado pelo crime de associação para o tráfico. Alguns meses depois, João foi condenado pelo delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, cuja pena é de detenção. O Juiz da Vara de Execuções determinou a unificação das penas para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. O magistrado argumentou que “as penas de detenção e reclusão são da mesma espécie (privativas de liberdade) e, portanto, devem ser somadas para a fixação, na execução penal, do regime de cumprimento de pena”. João interpôs agravo em execução penal pedindo para que não ocorra a unificação. Ao contrário, ele pediu para que o cumprimento da pena de detenção fique suspenso até que ele progride para o regime aberto.

***A discussão chegou até o STJ. O pedido da defesa foi acolhido?***

NÃO. O STJ decidiu que o juiz agiu corretamente ao determinar a unificação das penas. É cabível a soma das penas privativas de liberdade de reclusão e de detenção na fase de execução, pois são reprimendas da mesma espécie (privativas de liberdade). Logo, aplica-se o art. 111 da LEP:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.  
Parágrafo único. Sobre vindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Esse é o entendimento consolidado no STJ:

A teor do art. 111 da Lei nº 7.210/1984, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional, porquanto constituem penas de mesma espécie, ou seja, ambas são penas privativas de liberdade.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.007.173/MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 14/2/2023.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal, as penas de reclusão e de detenção devem ser consideradas cumulativamente, já que ambas são da mesma espécie, ou seja, penas privativas de liberdade.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.991.853-MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 17/4/2023 (Info 771).

Portanto, mostra-se equivocado o raciocínio de que, caso sejam estabelecidos regimes diversos para o cumprimento das reprimendas, a execução da pena de detenção deve ser suspensa até que o apenado esteja em regime prisional compatível com essa espécie de sanção penal.

***Em suma:***

**É possível a unificação das penas de reclusão e de detenção, na fase de execução penal, para fim de fixação do regime prisional inicial.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.053.887-MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 15/5/2023 (Info 791).

**DIREITO TRIBUTÁRIO**

**IMPOSTO DE RENDA**

**A metodologia de fixação de preços de transferência instituída pela IN SRF 243/02 era válida?**

**Baixa relevância para concursos**

ODS 16

**A metodologia de fixação de preços de transferência instituída pela IN SRF 243/02 era válida?**

**NÃO. Posição da 1<sup>a</sup> Turma do STJ:**

O art. 12, § 11, da IN SRF nº 243/2002 extrapolou a mera interpretação do art. 18, II, da Lei nº 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente.

STJ. 1<sup>a</sup> Turma. AREsp 511736-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04/10/2022 (Info 754).

**SIM. Entendimento da 2<sup>a</sup> Turma do STJ:**

A interpretação adotada pela Receita Federal do Brasil por meio da Instrução Normativa SRF n. 243/2002 não viola o art. 18 da Lei nº 9.430/96.

STJ. 2<sup>a</sup> Turma. REsp 1.787.614-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 2/10/2023 (Info 791).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

Alfa Ltda é uma empresa contribuinte do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Para desenvolver as suas atividades, a Alfa adquire insumos de empresas pertencentes ao seu grupo econômico, porém situadas no exterior.

Neste caso, o “preço de transferência” é aquele praticado nas operações de transferência de bens, direitos ou serviços celebrados entre pessoas vinculadas (também chamadas de operações *intercompany*), o qual pode ser estipulado de forma artificial, sem paralelo ao preço de mercado, em vista da relação de influência entre as partes ligadas.

A empresa Alfa impetrou mandado de segurança com o objetivo de não calcular os preços de transferência para determinação da base de cálculo da CSSL e do IRPJ nos moldes previstos pelo art. 12, da Instrução Normativa SRF de nº 243/02 (“IN 243/02”):

Art. 12. A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá, também, ser efetuada pelo método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), definido como a média aritmética ponderada dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos, diminuídos:

I - dos descontos incondicionais concedidos;

II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;

III - das comissões e corretagens pagas;

IV - de margem de lucro de:

a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens, serviços ou direitos;

b) sessenta por cento, na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.

(...)

§ 11. Na hipótese do § 10, o preço parâmetro dos bens, serviços ou direitos importados será apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de sessenta por cento, conforme metodologia a seguir:

I - preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da empresa;

III - participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total, apurado conforme o inciso II, sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com o inciso I;

IV - margem de lucro: a aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a "participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido", calculado de acordo com o inciso III;

V - preço parâmetro: a diferença entre o valor da "participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido", calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV.

Obs: na época do mandado de segurança, a IN 243/02 estava em vigor, no entanto, posteriormente, foi revogada pela Instrução Normativa RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012. Assim, desde 2012, a IN 243/02 não está mais em vigor.

No mandado de segurança, a empresa alegou que o § 11 do art. 12 da IN 243/02 seria ilegal porque teria extrapolado a norma contida no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.430/96:

Art. 18. Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:

(...)

II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- a) dos descontos incondicionais concedidos;
- b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- c) das comissões e corretagens pagas;
- d) da margem de lucro de:
  - 1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;
  - 2. vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses.
- d) da margem de lucro de:
  - 1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;
  - 2. vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses.

Obs: na época do mandado de segurança, o inciso II do art. 18 da Lei nº 9.430/96 tinha a redação acima transcrita, no entanto, posteriormente, ela foi alterada pela Lei nº 12.715/2012.

Segundo a contribuinte, a sistemática prevista na IN/SRF 32/2001 estabelecia que fosse considerado 60% do valor do preço de venda menos o valor agregado, enquanto o critério imposto pela IN/SRF 243/2002, que não tem fundamento legal, exigiria somente 60% do preço do produto referente à participação dos bens importados.

**O STJ concordou com os argumentos da empresa?**

O STJ está dividido sobre o tema:

A metodologia de fixação de preços de transferência instituída pela IN SRF 243/02 era válida?	
NÃO. Posição da 1ª Turma do STJ	SIM. Entendimento da 2ª Turma do STJ
<p>O art. 12, § 11, da IN SRF nº 243/2002 extrapolou a mera interpretação do art. 18, II, da Lei nº 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente.</p> <p>STJ. 1ª Turma. AREsp 511736-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04/10/2022 (Info 754).</p>	<p>A interpretação adotada pela Receita Federal do Brasil por meio da Instrução Normativa SRF n. 243/2002 não viola o art. 18 da Lei nº 9.430/96.</p> <p>STJ. 2ª Turma. REsp 1.787.614-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 2/10/2023 (Info 791).</p>
<p>O controle de preços de transferência tem como fundamento a necessidade de prevenir a erosão das bases tributáveis através da manipulação de preços nas operações transnacionais praticadas entre partes vinculadas, e para isso estabelece métodos para estimar um preço-parâmetro para tais operações.</p> <p>O art. 12, § 11, da IN SRF 243/02 desbordou da mera interpretação do art. 18, II, da Lei 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente.</p> <p>Em que pese a metodologia do PRL60 prevista na IN nº 243/2002 fosse, de fato, mais adequada ao controle de preços de transferência (tanto que incorporada, praticamente com o mesmo teor, à Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 12.715/2012), ela não encontrava, à época do caso, o devido respaldo no texto legal então vigente.</p> <p>Com efeito, o referido ato normativo desbordou da mera interpretação da norma ao criar novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, como a participação dos bens importados no custo do bem produzido e a participação dos bens importados no preço de venda do bem produzido.</p>	<p>No Brasil, a metodologia dos preços de transferência foi instituída pela Lei nº 9.430/96, norma que compreende o conceito de partes relacionadas e elenca os métodos estabelecidos, dentre eles o PRL.</p> <p>O PRL foi um método de margens predeterminadas mediante a imposição de um coeficiente presumido de lucro, com o qual o contribuinte concordava ao optar pela aplicação em suas operações com partes relacionadas.</p> <p>A interpretação adotada pela Receita Federal do Brasil por meio da Instrução Normativa SRF n. 243/2002 não viola o art. 18 da Lei nº 9.430/96. Trata-se de interpretação lógica, com base na <i>ratio legis</i>, ou seja, na finalidade da norma instituída. A função de uma instrução normativa não é a mera repetição do texto da lei, mas a sua regulamentação, esclarecendo a sua função prática.</p> <p>A Instrução Normativa SRF n. 243/2002 teve por finalidade apenas consubstanciar a correta interpretação que se deve fazer no que diz respeito à metodologia prevista pelo art. 18 da Lei n. 9.430/1996, em observância ao art. 100, I, do CTN, sem que houvesse indevida majoração do tributo. A forma de cálculo prevista em lei e pormenorizada pelo art. 12 da Instrução Normativa SRF n. 243/2002 atende à finalidade consagrada pela sistemática do preço de transferência, sendo a interpretação defendida pela recorrente verdadeira causa de desrespeito aos arts. 43 e 97 do CTN, ao pretender a redução de sua carga tributária mediante a dedução indevida de valores.</p>

## EXERCÍCIOS

**Julgue os itens a seguir:**

- 1) A Defensoria Pública pode ser intimada, de ofício, pelo Juízo para prestar assistência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência, nos procedimentos de escuta especializada, sem que isso represente sobreposição constitucional às funções do Ministério Público. ( )
- 2) Quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, não deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade ( )
- 3) No contrato de comodato por prazo indeterminado, após o transcurso do intervalo suficiente à utilização do bem, é devida a sua restituição, pelo comodatário, bastando para tanto a sua notificação ( )
- 4) Não é válida a disposição testamentária que institui filha co-herdeira como curadora especial dos bens deixados à irmã incapaz, relativamente aos bens integrantes da parcela disponível da herança ( )
- 5) A instituição financeira não responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor ( )
- 6) A cobrança de coparticipação não está limitada ao percentual de 50% do valor pago pelo plano de saúde. ( )
- 7) O valor mensal pago pelo usuário do plano, a título de coparticipação, pode ser maior que a mensalidade paga. ( )
- 8) Mesmo após a decisão do STF na ADPF 995/DF, o STJ continua decidindo que a guarda municipal não pode exercer atribuições das polícias civis e militares; a atuação da guarda municipal deve se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município. ( )
- 9) É unânime o entendimento das Turmas do STJ de que o princípio do *in dubio pro societate* não pode ser aplicado na decisão de pronúncia. ( )
- 10) Cabe à defesa técnica a análise de conveniência e oportunidade a respeito de eventual recurso, no caso de conflito de vontades entre o acusado e o defensor. ( )
- 11) Só há nulidade pela falta de cientificação do acusado sobre o seu direito de permanecer em silêncio, em fase de inquérito policial, caso demonstrado o efetivo prejuízo. ( )
- 12) Não é possível a unificação das penas de reclusão e de detenção, na fase de execução penal, para fim de fixação do regime prisional inicial. ( )

*Gabarito*

1. C	2. E	3. C	4. E	5. E	6. E	7. E	8. C	9. E	10. C	11. C	12. E
------	------	------	------	------	------	------	------	------	-------	-------	-------