

Informativo comentado: Informativo 821-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

AGÊNCIAS REGULADORAS

- *É ilegal Resolução da ANVISA que, contrariando regras da Lei nº 9.294/1996, imponham obrigações e condicionantes às peças publicitárias de medicamentos.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TUTELAS PROVISÓRIAS

- *A contestação tem força de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente (art. 303 do CPC) ou somente a interposição de recurso, conforme prevê a redação do art. 304?*

AÇÃO RESCISÓRIA

- *O depósito prévio deve ser revertido em favor do réu quando a ação rescisória é extinta sem julgamento de mérito. Exceção: se a rescisória foi extinta porque o juízo prolator da sentença voltou atrás, o depósito será devolvido ao autor.*

PROCESSO COLETIVO

- *A extinção do cumprimento de sentença coletivo proposto pelo legitimado extraordinário, por prescrição intercorrente, não impede a execução individual do mesmo título.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANPP

- *Não cabe acordo de não persecução penal nos crimes raciais o que inclui as condutas resultantes de atos homofóbicos.*

PROVAS

- *É legítima a prova encontrada no lixo descartado na rua por pessoa apontada como integrante de grupo criminoso sob investigação e recolhido pela polícia sem autorização judicial, sem que isso configure pesca probatória (fishing expedition) ou violação da intimidade.*

EXECUÇÃO PENAL

- *A decisão que concede progressão é declaratória; a data-base para a concessão da progressão subsequente é data em que o último requisito é cumprido, seja ele objetivo ou subjetivo.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

- *Incide IRRF na transferência de quotas de fundo de investimento por sucessão causa mortis?*

ICMS

- *O contribuinte não precisa comprovar que assumiu o encargo financeiro para pedir a restituição de valores pagos a mais a título de ICMS no regime de substituição tributária para frente.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

- *Descontos no salário não afetam base de cálculo da contribuição previdenciária patronal.*

OUTROS TEMAS

- *Para efeito de adequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da CF/88 aos tetos das ECs 20/98 e 41/02, no cálculo devem ser aplicados os limitadores vigentes à época de sua concessão - menor e maior valor teto.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

AGÊNCIAS REGULADORAS

É ilegal Resolução da ANVISA que, contrariando regras da Lei nº 9.294/1996, imponham obrigações e condicionantes às peças publicitárias de medicamentos

ODS 16

Nos moldes do art. 220, §§ 3º, II, e 4º, da Constituição, é vedada toda forma de censura, viabilizando-se, no entanto, a fixação de restrições à propaganda comercial de tabaco, de bebidas alcoólicas, de agrotóxicos, de medicamentos ou de terapias, conforme disposto em lei federal, como forma de garantir proteção social contra práticas e serviços possivelmente nocivos à saúde ou ao meio ambiente, exigindo-se, inclusive, advertência alusiva aos seus eventuais malefícios.

As atuais limitações à promoção comercial de medicamentos estão previstas na Lei nº 9.294/1996, complementada pelo Decreto nº 2.018/1996.

De acordo com a Lei nº 9.782/1999, que criou a ANVISA, esta Agência possui atribuição apenas para “controlar, fiscalizar e acompanhar” a propaganda e publicidade de medicamentos.

Desse modo, não há autorização legal para que a ANVISA inove no cenário jurídico e expeça Resolução contrariando a Lei nº 9.294/1996 e impondo obrigações e restrições às peças publicitárias de medicamentos.

Dessa forma, são ilegais as disposições da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA n. 96/2008 que, contrariando regramentos plasmados em lei federal, especialmente a Lei n. 9.294/1996, impõem obrigações e condicionantes às peças publicitárias de medicamentos.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.035.645-DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

Resolução ANVISA nº 96/2008

Em 2008, a AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA editou a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 96/2008, que tratou sobre propaganda, publicidade, informação e promoção comercial de medicamentos.

Uma determinada indústria farmacêutica não concordou com os termos da regulamentação e ingressou com ação ordinária, na Justiça Federal de 1ª instância, contra a Resolução sob a alegação de que a ANVISA extrapolou os limites regulatórios e fiscalizatórios conferidos pelo legislador.

O Juiz Federal julgou o pedido procedente. Segundo o magistrado, “a ANVISA, ao editar a RDC 96/08, ofendeu o princípio da legalidade, inovando e criando obrigações relacionadas à propaganda e publicidade de medicamentos que apenas poderiam ser disciplinadas por lei”.

A Agência interpôs apelação, mas a sentença foi mantida pelo TRF da 1ª Região. Em um dos trechos do acórdão, o Tribunal afirmou: “a ANVISA, com a edição da RDC 96/08, surpreendeu seus destinatários, uma vez que trouxe restrições e proibições, ultrapassando o seu poder de regulação, em ofensa ao art. 220 da Constituição Federal.”

A ANVISA interpôs então recurso especial. Defendeu, em síntese, que a RDC nº 96/2008 se encontra rigorosamente dentro da “competência ampla para a regulamentação e fiscalização de propaganda de medicamentos”.

O que decidiu o STJ?

A 1ª Turma do STJ negou provimento ao recurso por entender que diversos dispositivos do ato infralegal em análise (RDC nº 96/2008) ultrapassaram o regramento constante da Lei nº 9.294/1996.

São ilegais as disposições da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 96/2008 que, contrariando regramentos plasmados em lei federal, especialmente a Lei nº 9.294/1996, impõem obrigações e condicionantes às peças publicitárias de medicamentos.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.035.645-DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

Vale ressaltar que o voto é bem extenso e traz diversos aspectos interessantes que merecem ser expostos com calma.

Panorama legislativo

A Constituição Federal consagra a liberdade de expressão, o que se aplica, em princípio, também para as propagandas comerciais.

Vale ressaltar, contudo, que essa liberdade de expressão não é absoluta e que a própria Constituição afirma que lei federal poderá impor restrições a propagandas de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias:

Constituição Federal

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

(...)

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Cumprindo o mandamento constitucional, a Lei nº 9.294/1996 prevê restrições a propagandas de medicamentos:

Lei nº 9.294/1996

Art. 7º A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde.

§ 1º Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

§ 2º A propaganda dos medicamentos referidos neste artigo não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo.

§ 3º Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira que se enquadram no disposto no § 1º deste artigo deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de cinco anos da publicação desta Lei, sem o que sua propaganda será automaticamente vedada.

§ 4º É permitida a propaganda de medicamentos genéricos em campanhas publicitárias patrocinadas pelo Ministério da Saúde e nos recintos dos estabelecimentos autorizados a dispensá-los, com indicação do medicamento de referência.
(...)

O art. 10 da Lei nº 9.294/1996 autoriza que o Poder Executivo expeça regulamentos sobre o assunto:

Art. 10. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo máximo de sessenta dias de sua publicação.

A Lei nº 6.360/1976 também já tinha uma restrição específica:

Lei nº 6.360/1976

Art. 57. O Poder Executivo disporá, em regulamento, sobre a rotulagem, as bulas, os impressos, as etiquetas e os prospectos referentes aos produtos de que trata esta Lei.
(...)

§ 3º Os medicamentos que contenham substâncias proibidas pelo Código Mundial Antidopagem deverão trazer obrigatoriamente alerta com essa informação nos rótulos, nas bulas e nos materiais destinados a propaganda e publicidade, na forma do regulamento.

A Presidência da República, com base na autorização do art. 10 da Lei nº 9.294/1996, editou regulamento sobre o assunto:

Decreto nº 2.018/1996

Art. 10. A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde.

Art. 11. A propaganda dos medicamentos, drogas ou de qualquer outro produto submetido ao regime da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, cuja venda dependa de prescrição por médico ou cirurgião-dentista, somente poderá ser feita junto a esses profissionais, através de publicações específicas.

Art. 12. Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social, desde que autorizados por aquele Ministério, observadas as seguintes condições:

I – registro do produto, quando este for obrigatório, no órgão de vigilância sanitária competente;
II – que o texto, figura, imagem, ou projeções não ensejem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à composição do produto, suas finalidades, modo de usar ou procedência, ou apregoem propriedades terapêuticas não comprovadas por ocasião do registro a que se refere o item anterior;

III – que sejam declaradas obrigatoriamente as contra-indicações, indicações, cuidados e advertências sobre o uso do produto;

IV – enquadre-se nas demais exigências genéricas que venham a ser fixadas pelo Ministério da Saúde;

V – contenha as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

§ 1º A dispensa da exigência de autorização prévia nos termos deste artigo não exclui a fiscalização por parte do órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 2º No caso de infração, constatada a inobservância do disposto nos itens I, II e III deste artigo, independentemente da penalidade aplicável, a empresa ficará sujeita ao regime de prévia autorização previsto no artigo 58 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, em relação aos textos de futuras propagandas.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se a todos os meios de divulgação, comunicação, ou publicidade, tais como, cartazes, anúncios luminosos ou não, placas, referências em programações radiofônicas, filmes de televisão ou cinema e outras modalidades.

Art. 13. A propaganda dos medicamentos referidos neste Capítulo não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo.

Art. 14. Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira que se enquadram no disposto no art. 12 deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de cinco anos da publicação da Lei nº 9.294, de 1996, sem o que sua propaganda será automaticamente vedada.

Art. 15. Toda a propaganda de medicamentos conterá, obrigatoriamente, advertência indicando que, a persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado.

Lei nº 9.294/1996 não deixou espaço para atuação da ANVISA na regulamentação da publicidade de medicamentos

Existe uma Lei federal (Lei nº 9.294/1996) que disciplina a propaganda comercial de fármacos. Esta Lei não autoriza que a ANVISA restrinja a propaganda.

Importante também esclarecer que, de acordo com a Lei nº 9.782/1999, que criou a ANVISA, esta Agência possui atribuição apenas para “controlar, fiscalizar e acompanhar” a propaganda e publicidade de medicamentos.

Desse modo, não há autorização legal para que a ANVISA inove no cenário jurídico e expeça Resolução contrariando a Lei nº 9.294/1996 e impondo obrigações e restrições às peças publicitárias de medicamentos.

Solução dada ao caso concreto

Com base nas premissas acima, a 1ª Turma entendeu que diversos dispositivos do ato infralegal em análise (RDC nº 96/2008) ultrapassaram o regramento constante da Lei nº 9.294/1996 (fragmentos do voto condutor):

“O ato infralegal contém uma série de disposições cujo conteúdo ultrapassa o regramento constante da Lei n. 9.294/1996, destacando-se os seguintes pontos:

- i) vedação à propaganda indireta em contextos cênicos, espetáculos, filmes, programas radiofônicos ou outros tipos de mídia eletrônica ou impressa (art. 4º, parágrafo único);
- ii) proibição de atos publicitários com imagens de pessoas fazendo uso de medicamentos, especialmente quando sugerir ser o fármaco detentor de características organolépticas agradáveis, inclusive quanto ao sabor (art. 8º, III e VI);
- iii) exigência de cláusulas específicas de advertência, a exemplo da necessidade de indicação das substâncias contidas no medicamento, especialmente quanto àqueles que apresentem efeitos de sedação/sonolência (arts. 17 e 23); e
- iv) interdição, na publicidade de medicamentos isentos de prescrição médica, de determinadas expressões (v.g. comprovado cientificamente ou demonstrado em ensaios clínicos) (art. 26, I e III).”

Aplicação da técnica do diálogo institucional

Como último ponto do voto, a Ministra Relatora entendeu que o caso deveria ser resolvido com aplicação da técnica de diálogo institucional. O que seria isso?

A técnica de diálogo institucional é um instrumento voltado a proporcionar a interação e a cooperação entre os Poderes da República para equalizar controvérsias normativas a respeito de temas de elevada envergadura jurídica.

Trata-se de uma nova forma de densificar o princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição), permitindo que ocorram interações interinstitucionais voltadas a equacionar questões jurídicas cuja solução, por vezes, demanda atuação sinérgica para a plena realização dos compromissos constitucionais. Como destacam Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto:

“O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.” (In: Diálogos Institucionais: Estrutura e Legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, pp. 183-206, set./dez. 2015).

Em semelhante compreensão, Luiz Guilherme Marinoni anota que, em determinados casos:

“[...] o diálogo, especialmente entre o Parlamento e a Corte, é de grande importância quando há conflito que advém da diversidade inerente ao pluralismo”, contexto no qual “[...] o oferecimento de razões por mais de uma instituição pública é condizente com a lógica da busca da decisão ótima e, por conseguinte, da verdade no Estado constitucional” (In: Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional [livro eletrônico]. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Na mesma esteira, em situações específicas, o Supremo Tribunal Federal vem buscando interconexões dialógicas entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aplicando, sobretudo, as técnicas de apelo ao legislador e de diálogos constitucionais –, incorporando, assim, uma nova perspectiva jurídica para a solução de disputas envolvendo a proteção de direitos fundamentais.

Mencione-se, a esse respeito, a decisão reconhecendo o estado de coisas inconstitucional vivenciado pelo sistema carcerário: STF. Plenário. ADPF n. 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9.9.2015.

Apesar dessa postura judicial dialógica ocorrer mais frequentemente cortes constitucionais, ela também é possível, ainda que em termos mais brandos, de ser aplicada pelo STJ, como meio de contribuir para a criação ou o aperfeiçoamento do arcabouço jurídico regulador de temas de elevada expressão, especialmente no contexto de políticas públicas cuja formulação para os novos tempos demanda o engajamento de todas as instâncias decisórias.

Eis um resumo das preocupações (razões) que a levaram o STJ a aplicar a técnica de diálogo institucional:

- Embora tenha ultrapassado formalmente os limites legais, é inegável que, ao editar a RDC nº 96/2008, a ANVISA teve por objetivo dar a máxima efetividade do art. 220, § 4º, da Constituição;
- A restrição à propaganda comercial de fármacos, da forma como hoje prevista na Lei nº 9.294/96, é muito limitada;
- Os regramentos hoje vigentes (editados em um contexto histórico e social diverso) demandam sensível atualização para se adequarem às novas tecnologias, em especial no que diz respeito à “propagação de conteúdos publicitários pela internet, principalmente pelas diversas redes/mídias sociais”;

- É preciso ponderar a adequação, em relação aos medicamentos, de práticas publicitárias como o merchandising (ou publicidade de palco) e o puffing (emprego de adjetivações exageradas para qualificar bens ou serviços ofertados);
- Pesquisas indicam um elevado aumento recente no número de pessoas que empreendem automedicação. Tanto é que a Lei nº 14.912/2024 acrescentou o art. 19-V à Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) para determinar, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a realização de campanhas permanentes sobre os riscos da automedicação.

O STJ entendeu, em conclusão, que seria o caso de instar os órgãos verdadeiramente competentes (já que a ANVISA, como visto, não pode adentrar nessa regulamentação por atos infralegais) para que se debrucem sobre essa importante matéria:

“Comunique-se ao Ministério da Saúde e ao Congresso Nacional o teor da presente decisão, de modo a servir como mecanismo potencialmente catalizador de nova reflexão pelos atores legitimamente responsáveis por deliberar sobre o tema, em caráter geral e abstrato, especialmente à vista da aparente convergência entre os agentes políticos sobre a questão de fundo.”

Em suma:

São ilegais as disposições da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA n. 96/2008 que, contrariando regramentos plasmados em lei federal, especialmente a Lei n. 9.294/1996, impõem obrigações e condicionantes às peças publicitárias de medicamentos.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.035.645-DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TUTELAS PROVISÓRIAS

A contestação tem força de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente (art. 303 do CPC) ou somente a interposição de recurso, conforme prevê a redação do art. 304?

ODS 16

A contestação tem força de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente (art. 303 do CPC)?

1ª corrente: NÃO. Apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização, nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, julgado em 03/10/2019 (Info 658).

2ª corrente: SIM. A tutela antecipada antecedente (art. 303 do CPC) somente se torna estável se não houver nenhum tipo de impugnação formulada pela parte contrária, de forma que a mera contestação tem força de impedir a estabilização. Apesar de o caput do art. 304 do CPC/2015 falar em “recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. O caput do art. 304 do CPC disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.760.966-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/12/2018 (Info 639).
STJ. 4ª Turma. REsp 1.938.645-CE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 4/6/2024 (Info 821).

Tutela provisória

A tutela antecipada no CPC/2015 é tratada no Livro V (arts. 294 a 311), que é denominado de “Da Tutela Provisória”.

Tutela provisória é aquela concedida antes da tutela definitiva, em caráter provisório, com base em uma cognição sumária.

A tutela provisória será sempre substituída por uma tutela definitiva, que a confirmará, revogará ou modificará.

Ex: João ingressa com ação pedindo o fornecimento de determinado medicamento. O juiz profere decisão interlocutória determinando que o Estado conceda o remédio. Foi concedida, portanto, a tutela provisória com base em cognição sumária. Ao final, o juiz profere sentença confirmando que a pessoa tem o direito de receber o medicamento do Poder Público. Logo, nessa sentença, foi concedida a tutela definitiva, que confirmou a tutela provisória.

Espécies de tutela provisória

A TUTELA PROVISÓRIA é o gênero do qual decorrem duas espécies:

- 1) Tutela provisória de urgência;
- 2) Tutela provisória de evidência.

Veja o que diz o CPC/2015:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Classificação das tutelas provisórias de URGÊNCIA

O CPC/2015 prevê duas classificações das tutelas provisórias de urgência:

- 1) Cautelar e antecipada;
- 2) Antecedente e incidental.

Art. 294 (...)

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Quanto à satisfatividade

Em uma primeira classificação, a tutela provisória de URGÊNCIA divide-se em:

1.1) ANTECIPADA (satisfativa): o órgão julgador antecipa aquele direito ou bem da vida que o autor espera conseguir ao final do processo. Ex: em uma ação de cobrança, o juiz, entendendo que o autor precisa dos valores para sobreviver, determina que o réu entregue a quantia pleiteada enquanto se aguarda o desfecho do processo.

1.2) CAUTELAR: o órgão julgador confere uma medida para assegurar aquele direito ou bem da vida que o requerente espera obter ao fim do processo. Ex: em uma ação de cobrança, o juiz, entendendo que há receio de que o réu se desfaça de seu patrimônio, determina o arresto dos bens do requerido.

Veja a explicação de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

(...) A satisfatividade é o critério mais útil para distinguir a tutela antecipada da cautelar. As duas são provisórias e podem ter requisitos muito assemelhados, relacionados à urgência ou evidência. Mas somente a primeira tem natureza satisfativa, permitindo ao juiz que já defira os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final. Na cautelar, o juiz não defere, ainda, os efeitos pedidos,

mas apenas determina uma medida protetiva assecurativa, que preserva o direito do autor, em risco pela demora no processo.

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção.

Imagine-se, por exemplo, que o autor corra um grave risco de não receber determinado valor. A tutela satisfativa lhe concederá a possibilidade de, desde logo, promover a execução do valor, em caráter provisório, alcançando-se os efeitos almejados, que normalmente só seriam obtidos com a sentença condenatória.

Já por meio de tutela cautelar, o autor pode arrestar bens do devedor, preservando-os em mãos de um depositário para, quando obtiver sentença condenatória e não houver recurso com efeito suspensivo, poder executar a quantia que lhe é devida. A tutela cautelar não antecipa os efeitos da sentença, mas determina uma providência que protege o provimento, cujos efeitos serão alcançados ao final.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 721-722).

Quanto ao momento de sua concessão

Além disso, a tutela provisória de URGÊNCIA também pode ser:

2.1) INCIDENTAL: é aquela que é deferida no curso do processo. A tutela incidental pode ser cautelar ou antecipada.

2.2) ANTECEDENTE: é aquela “formulada antes que o pedido principal tenha sido apresentado ou, ao menos, antes que ele tenha sido apresentado com a argumentação completa.” (*ob. cit.*, p. 727). A tutela antecedente também pode ser cautelar ou antecipada.

Tutela antecipada requerida em caráter antecedente

O art. 303 do CPC autoriza que o autor requeira a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Exemplo de pedido de tutela antecipada antecedente:

João entregou à empresa BFB um carro Fiat/Pálio como parte do pagamento na aquisição de um novo automóvel. A empresa revendeu o veículo para Pedro.

Ocorre que, passados diversos meses, o Fiat/Pálio continua em nome de João, que recebeu notificações de multas e também a cobrança de IPVA relativas a este carro.

Diante disso, João formulou pedido de tutela antecipada de caráter antecedente em desfavor de BFB alegando, em síntese, que a empresa descumpriu o contrato firmado, considerando que deveria ter passado o carro para o seu nome e depois revendido para outra pessoa, providência que não foi realizada. O juiz deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a requerida procedesse à transferência do veículo para a sua titularidade no prazo de dez dias, sob pena de multa diária.

Qual é o procedimento após a concessão da tutela antecipada do art. 303?

O CPC determina que, após ser concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, deverão ser adotadas as seguintes providências:

1) o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

- 2) o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334;
- 3) não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

E se o juiz não tivesse concedido a tutela antecipada do art. 303?

Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará que o autor faça a emenda da petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 6º).

É como se o juiz dissesse o seguinte: não acho que existam elementos para a concessão da tutela antecipada antecedente. Por isso, indefiro o pedido. No entanto, se o autor quiser, ainda podemos seguir em frente para analisar com mais calma o pedido. Para isso, é necessário que ele faça a emenda da inicial e peça o prosseguimento do feito.

Vale ressaltar que, tanto no caso de deferimento ou indeferimento da tutela antecipada do art. 303, o prosseguimento do feito será no mesmo processo. Não se forma um novo processo. A providência que se exige é o aditamento da petição inicial, mas o processo será o mesmo.

Voltando ao exemplo dado:

Como vimos, o juiz concedeu a tutela antecipada em favor de João.

A empresa BFB, após ser intimada para cumprir a decisão concessiva da tutela antecipada, apresentou contestação, na qual requereu expressamente a revogação da tutela antecipada afirmando que não tem condições de passar para o seu nome, uma vez que os documentos do carro estão com o adquirente Pedro. Após a contestação, o juiz decidiu revogar a tutela antecipada que ele havia concedido.

Alegação de que a tutela antecipada já estava estabilizada

O autor interpôs agravo de instrumento contra essa decisão do juiz argumentando que não seria possível a reconsideração do deferimento da tutela antecipada. Isso porque essa tutela já estaria estabilizada, considerando que o réu não interpôs recurso contra a decisão que a concedeu.

Em outras palavras, o autor afirmou o seguinte: assim que o magistrado concedeu a tutela antecipada antecedente do art. 303 do CPC, o requerido deveria ter interposto recurso contra essa decisão (agravo de instrumento – art. 1.015, I, do CPC). Como não o fez, houve a estabilização da tutela antecipada e o processo deve ser simplesmente extinto.

O argumento do autor foi baseado na redação do caput e do § 1º do art. 304 do CPC:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Essa é uma das grandes novidades trazidas pelo CPC/2015, ou seja, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que

serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

Assim, segundo o art. 304, não havendo recurso contra a decisão que deferiu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito.

No prazo de 2 anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

Discussão quanto ao instrumento processual que é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada

Apesar de o art. 304 do CPC falar que a tutela antecipada torna-se estável se não houver recurso contra a decisão, parte da jurisprudência defende que a palavra “recurso” deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo outros meios de impugnação. De outro lado, há quem defenda que a interpretação deve ser realmente literal.

A discussão jurídica é, portanto, a seguinte:

A CONTESTAÇÃO TEM FORÇA DE IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE (ART. 303 DO CPC)?	
NÃO	SIM
Apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização.	A tutela antecipada antecedente (art. 303 do CPC) somente se torna estável se não houver nenhum tipo de impugnação formulada pela parte contrária, de forma que a mera contestação tem força de impedir a estabilização.
Posição que adota a interpretação literal do art. 304 do CPC. A redação do art. 304 do CPC é muito clara ao dizer que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo <u>recurso</u> .” O projeto de lei do CPC usava o termo “impugnação” no art. 304 (expressão que é mais ampla e abrangeria medida impugnativa não recursal). Ocorre que essa expressão foi substituída pela palavra “recurso” durante a tramitação.	Apesar de o caput do art. 304 do CPC/2015 falar em “recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. O caput do art. 304 do CPC disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.
Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. São, portanto, institutos inconfundíveis. A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não	Essa corrente tem por objetivo também desestimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando os Tribunais. Isso porque se o objetivo do requerido é apenas dizer que pretende o prosseguimento do feito, bastaria uma simples manifestação afirmando possuir interesse na sentença de mérito. Além disso, mesmo que se adotasse uma interpretação literal do caput do art. 304, essa exegese seria “inócua”. Isso porque o requerido poderia ajuizar a ação autônoma prevista no § 2º do art. 304 do CPC:

utilização do instrumento processual adequado, que é o agravo de instrumento (art. 1.015, I).	Art. 304 (...) § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.
STJ. 1ª Turma. REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Ac. Min. Regina Helena Costa, julgado em 03/10/2019 (Info 658).	STJ. 3ª Turma. REsp 1.760.966-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/12/2018 (Info 639). STJ. 4ª Turma. REsp 1.938.645-CE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 4/6/2024 (Info 821). É a posição também da doutrina majoritária.

Para finalizar a explicação, veja outro exemplo de tutela antecipada antecedente:

Manoel descobre que seu nome está no SERASA por uma dívida que já está paga.

Vale ressaltar que Manoel possui outras duas anotações no SERASA por débitos que realmente existem e estão em aberto. Assim, no total, ele possui três inscrições, sendo que apenas essa terceira é indevida.

Diante desse cenário, Manoel pode pedir a retirada de seu nome do SERASA, mas não terá direito à indenização (Súmula 385-STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.).

Manoel vai até o escritório do SERASA e formula requerimento administrativo pedindo a retirada de seu nome quanto a esta terceira inscrição, explicando que já foi paga.

O SERASA, por sua vez, responde dizendo que somente com ordem judicial poderá excluir o nome do requerente.

Neste caso, Manoel poderá ingressar com um pedido de tutela antecipada antecedente, na forma do art. 303 do CPC, requerendo a retirada de seu nome com relação a essa terceira anotação.

Imaginemos que o juiz conceda a antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, determinando que o SERASA exclua o nome do autor.

Manoel ficará satisfeito, não havendo necessidade de se prosseguir com o processo em busca de uma tutela final.

O SERASA, por sua vez, também não terá interesse em recorrer da decisão, tampouco de prosseguir no litígio com o autor, pois apenas precisava de uma “autorização” judicial para retirar o nome do autor do respectivo cadastro, sendo desnecessário, para ele, a discussão acerca do débito que originou o registro negativo.

Nesse caso, o processo será extinto, sem resolução de mérito, e a decisão concessiva da tutela antecipada se estabilizará.

OUTROS ARGUMENTOS QUE CONSTARAM NO INFORMATIVO ORIGINAL

A ausência de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada não acarreta sua estabilização se a parte se opôs a ela mediante contestação.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.938.645-CE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 4/6/2024 (Info 821).

Questão que ainda fomenta o debate diz respeito à definição do sentido da expressão “recurso” utilizada pelo caput do art. 304 do CPC.

Examinando o tema, a doutrina destaca que a expressão pode ser compreendida de duas maneiras: “como recurso stricto sensu (o que significaria, então, afirmar que só não haveria a estabilização da tutela antecipada se o réu interpusse agravo contra a decisão concessiva da medida de urgência); ou, em um sentido mais amplo, como meio de impugnação (o que englobaria outros remédios sem natureza recursal, como a contestação)”.

Essa foi a corrente adotada pela Terceira Turma do STJ, ao proferir o entendimento no sentido de que “embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que ‘a tutela antecipada, concedida nos termos do

art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso', a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada." (REsp n. 1.760.966/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 7/12/2018).

Portanto, a estabilização da tutela somente acontece se o réu não manifestar qualquer oposição. No caso, muito embora não se tenha interposto recurso contra a decisão concessiva da tutela antecedente, infere-se que se ofertou a contestação, o que afasta a estabilização dos efeitos da tutela.

Ademais, a passagem do "procedimento provisório da tutela antecedente" - cujo rumo pode eventualmente levar à extinção do processo, a depender da atitude do réu de opor-se, ou não, à antecipação da tutela satisfativa - para a fase da tutela definitiva exige intimação específica para o autor a propósito da necessidade de aditar a inicial. Aplicação analógica do art. 321, caput, do CPC/2015. (REsp. n. 1.766.376/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 11/9/2018).

AÇÃO RESCISÓRIA

O depósito prévio deve ser revertido em favor do réu quando a ação rescisória é extinta sem julgamento de mérito. Exceção: se a rescisória foi extinta porque o juízo prolator da sentença voltou atrás, o depósito será devolvido ao autor

ODS 16

O que acontece com o depósito prévio se a ação rescisória for extinta sem julgamento de mérito?

Em regra, será revertida em favor do réu.

O STJ entende que o depósito prévio deve ser revertido em favor do réu quando a ação rescisória é extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 974, parágrafo único, do CPC.

Existe, contudo, uma exceção: se a ação rescisória foi extinta sem julgamento de mérito porque houve uma retração do órgão prolator da decisão que se pretendia rescindir. Neste caso, o depósito prévio deve ser devolvido para o autor.

Na hipótese em que a extinção da ação rescisória sem resolução de mérito é motivada pela perda superveniente do objeto em razão de retratação da sentença que se objetivava rescindir, deve ser afastada a reversão do depósito prévio a favor do réu, permitindo-se ao autor levantar a quantia depositada.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.137.256-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

Depósito prévio

O art. 968, II, do CPC determina que o autor da ação rescisória deverá realizar um depósito no valor de 5% do valor da causa. Essa quantia se converterá em multa e será revertida em favor da parte contrária caso a ação rescisória, por unanimidade de votos, seja:

- a) declarada inadmissível; ou
- b) julgada improcedente.

É o que prevê o art. 968, II, do CPC:

Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:
(...)

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

A previsão tem por objetivo evitar que a pessoa ingresse com a ação rescisória apenas para tumultuar, mesmo sem ter nenhuma razão, praticando, assim, um abuso de direito.

“A regra em análise representa, sem dúvida, a preocupação do legislador em evitar o ajuizamento desmedido e temerário de ações rescisórias, porquanto todo e qualquer postulante deve litigar de forma responsável. Outra finalidade do comando judicial é a de obstar a perpetuidade dos litígios, uma vez que a demanda rescindenda não deve ser utilizada como sucedâneo recursal.” (Min. Marco Buzzi)

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João ingressou com ação contra a Alfa Ltda.

O juiz proferiu sentença julgando o pedido procedente.

A ré foi intimada da sentença na pessoa de um advogado que já não mais atuava no processo, ou seja, a intimação foi equivocada.

A Alfa não soube, portanto, da sentença e não recorreu.

Diante da ausência de recurso, a Secretaria da Vara certificou o trânsito em julgado.

Ação rescisória

A Alfa ajuizou ação rescisória, no Tribunal de Justiça, pedindo a desconstituição da sentença.

Cumprimento de sentença

João iniciou cumprimento de sentença contra a Alfa.

Ao se defender no cumprimento de sentença, a Alfa arguiu a inexecutabilidade do título em razão da nulidade na intimação da sentença.

Juiz volta atrás

Antes que a ação rescisória fosse julgada, o juiz acolheu a impugnação formulada e republicou a sentença, determinando agora a intimação correta do real advogado da ré.

Tribunal de Justiça extinguiu a rescisória sem resolução do mérito

A Alfa peticionou na ação rescisória informando isso.

Diante desse cenário, o Tribunal de Justiça extinguiu a ação rescisória sem resolução de mérito, em razão da perda do objeto da ação. Até aí, tudo bem. O problema foi que o TJ condenou a Alfa ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, além de determinar a reversão do depósito em favor de João (réu da ação rescisória).

O TJ agiu corretamente ao determinar a reversão do depósito prévio em favor do réu da ação rescisória?
NÃO.

O que acontece com o depósito prévio se a ação rescisória for extinta sem julgamento de mérito?

Em regra, será revertida em favor do réu.

O STJ entende que o depósito prévio deve ser revertido em favor do réu quando a ação rescisória é extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 974, parágrafo único, do CPC:

Art. 974. (...)

Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82.

Existe, contudo, uma exceção: se a ação rescisória foi extinta sem julgamento de mérito porque houve uma retração do órgão prolator da decisão que se pretendia rescindir

No caso concreto, a ação rescisória foi extinta sem resolução de mérito em razão da perda superveniente do objeto motivada pela retratação do juiz, em fase de cumprimento de sentença, acerca da sentença que se pretendia rescindir. Com o exercício do juízo de retratação, a ação rescisória perdeu o seu objeto. Neste caso, o depósito prévio deve ser devolvido para o autor.

Ao tratar da natureza jurídica do depósito prévio, José Carlos Barbosa Moreira aponta que “a multa não tem caráter indenizatório, não visa compensar a parte vencedora de possíveis prejuízos, mas a reprimir uma forma de abuso no exercício do direito de ação” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 180).

Desse modo, a finalidade da reversão do depósito prévio em favor do réu é a de evitar o abuso no exercício do direito de ação. Ora, se a ação rescisória foi extinta porque houve juízo de retratação feito pelo próprio magistrado não se pode dizer que tenha havido abuso do autor da rescisória.

Assim, embora a extinção da ação rescisória sem resolução de mérito conduza, em regra, à reversão do depósito prévio a favor do réu, no caso específico em que a referida extinção é motivada pela perda superveniente do objeto em razão de retratação da sentença que se objetivava rescindir, deve ser afastada a reversão, permitindo-se ao autor levantar a quantia depositada.

Se a extinção do processo que se instaurou com observância de todas as condições da ação não se deu por fato imputável às partes, não deve ser imposto a qualquer delas o dever de arcar com os ônus sucumbenciais.

Em suma:

Na hipótese em que a extinção da ação rescisória sem resolução de mérito é motivada pela perda superveniente do objeto em razão de retratação da sentença que se objetivava rescindir, deve ser afastada a reversão do depósito prévio a favor do réu, permitindo-se ao autor levantar a quantia depositada.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.137.256-MT, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

DOD PLUS – JULGADOS CORRELATOS

Se o relator da ação rescisória, monocraticamente, indefere a petição inicial e julga extinto o processo sem resolução do mérito, o depósito prévio poderá ser sacado pelo autor

Extinta a ação rescisória, por indeferimento da petição inicial, sem apreciação do mérito, por meio de deliberação monocrática, o relator poderá facultar, ao autor, o levantamento do depósito judicial previsto no art. 968, II, do CPC/2015.

Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor: (...) II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

STJ. 2ª Seção. AgInt na AR 7.237/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 10/8/2022 (Info 744).

Em ação rescisória, o depósito prévio não pode ser realizado por outros meios senão em dinheiro

O art. 968, II, do CPC determina que o autor da ação rescisória deverá realizar um depósito no valor de 5% do valor da causa. Essa quantia se converterá em multa e será revertida em favor da parte contrária caso a ação rescisória, por unanimidade de votos, seja: a) declarada inadmissível; ou b) julgada improcedente. O depósito prévio de que trata o art. 968, II, do CPC precisa ser obrigatoriamente em dinheiro.

O art. 968, II, do CPC/2015 utiliza o verbo “depositar” e o objeto direto “importância”, razão pela qual se pode concluir que ele se refere à quantia em espécie (dinheiro). Logo, é inviável a sua ampliação para se permitir o depósito por outros meios que não sejam em dinheiro.

Se a intenção do legislador fosse admitir outros meios, isso teria ficado mais claro, como foi feito, por exemplo, na redação do § 1º do art. 919 do CPC/2015.
STJ. 4ª Turma. REsp 1.871.477-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

PROCESSO COLETIVO

A extinção do cumprimento de sentença coletivo proposto pelo legitimado extraordinário, por prescrição intercorrente, não impede a execução individual do mesmo título

Importante!!!

ODS 10 E 16

De acordo com o art. 103, III, do CDC, nas demandas coletivas propostas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada é erga omnes apenas no caso de procedência do pedido.

O CDC inaugurou o que a doutrina chama de coisa julgada *secundum eventum litis*. Significa que a sentença coletiva só alcançará os membros do grupo para beneficiá-los.

A razão da previsão legal é a ausência de efetiva participação de cada um dos membros do grupo no processo coletivo. Não há coisa julgada contra aquele que não participou do contraditório. A essa regra existe apenas uma exceção: na hipótese de intervenção do membro do grupo no processo coletivo como litisconsorte (§ 2º do art. 103 e 94).

Tese fixada: A extinção do cumprimento de sentença coletivo proposto pelo legitimado extraordinário, por prescrição intercorrente, não impede a execução individual do mesmo título.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.078.485-PE, 2.078.989-PE, 2.078.993-PE e 2.079.113-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1.253) (Info 821).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Determinado Sindicato ingressou com ação coletiva contra a União, pedindo que fosse reconhecido que os servidores possuem direito ao adicional de tempo de serviço celetista para fins de contagem do anuênio.

Após sucessivas decisões, o STJ julgou o pedido procedente e, portanto, decidiu que os servidores possuem direito à contagem do tempo celetista para fins de anuênio.

Execução coletiva

O Sindicato ingressou com execução coletiva.

Ocorre que o Sindicato não deu o andamento necessário ao processo e houve prescrição intercorrente.

Execução individual

Logo em seguida, João ingressou com requerimento individual de cumprimento de sentença, objetivando o recebimento dos valores a que teriam direito.

Juiz afirmou que a extinção do cumprimento de sentença coletivo proposto pelo sindicato impediria a execução individual

O Juiz julgou extinto o cumprimento de sentença em razão da coisa julgada.

O magistrado argumentou que o crédito perseguido já teria sido objeto de execução coletiva promovida pelo Sindicato, a qual foi extinta em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente da respectiva pretensão executória.

O juiz afirmou que João não poderia invocar o art. 103, III, do CDC porque este dispositivo refere-se apenas ao processo de conhecimento, não se aplicando à execução de título executivo:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...)

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Para o STJ, a decisão do magistrado foi correta? Os efeitos da decretação da prescrição intercorrente na execução coletiva atingem os membros do grupo?

NÃO.

O núcleo do regime jurídico da coisa julgada no microssistema do processo coletivo está previsto nos arts. 103 e 104 do CDC.

De acordo com o art. 103, III, do CDC, nas demandas coletivas propostas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada é erga omnes “apenas no caso de procedência do pedido.”

A previsão é complementada pelo § 2º, segundo o qual:

Art. 103 (...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

O CDC inaugurou o que a doutrina chama de coisa julgada *secundum eventum litis*. Significa que a sentença coletiva só alcançará os membros do grupo para beneficiá-los.

A razão da previsão legal é a ausência de efetiva participação de cada um dos membros do grupo no processo coletivo. Não há coisa julgada contra aquele que não participou do contraditório. A essa regra existe apenas uma exceção: na hipótese de intervenção do membro do grupo no processo coletivo como litisconsorte (§ 2º do art. 103 e 94):

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Portanto, a coisa julgada desfavorável ao substituto processual não é oponível aos membros do grupo em suas execuções individuais, especialmente quando, reconhecidamente, houve desídia do substituto na condução da execução coletiva.

O art. 103, III, do CDC também se aplica no processo de execução

Ao contrário do que argumentou o magistrado, o STJ entendeu que não há motivo para a não incidência do art. 103, III, do CDC ao processo de execução coletiva. Isso porque estão presentes as mesmas razões para não haver o prejuízo aos interessados, a saber, a ausência de sua efetiva participação no processo.

Um outro fator para reforçar a conclusão de que não houve prescrição da pretensão executória: o ordenamento jurídico induz o titular do direito individual a permanecer inerte até o desfecho do processo coletivo, quando só então decidirá pelo ajuizamento da ação individual.

Assim, à luz da racionalidade do microssistema do processo coletivo, não se pode exigir do credor individual o ajuizamento do cumprimento de sentença quando pendente execução coletiva. Justamente por isso, o STJ tem reiteradamente decidido que a propositura do cumprimento de sentença pelo legitimado extraordinário (ex: sindicato) interrompe o prazo prescricional para a execução individual. Precedentes: AgInt no AgInt no REsp n. 1.932.536/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 5.10.2022; AgInt no AREsp n. 2.292.113/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17.8.2023; AgInt no REsp n. 1.927.562/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 15.12.2022; AgInt no AREsp n. 2.207.275/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 15.3.2023.

Em suma:

A extinção do cumprimento de sentença coletivo proposto pelo legitimado extraordinário, por prescrição intercorrente, não impede a execução individual do mesmo título.

STJ. 1ª Seção. REspS 2.078.485-PE, 2.078.989-PE, 2.078.993-PE e 2.079.113-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1253) (Info 821).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANPP

**Não cabe acordo de não persecução penal nos crimes raciais
o que inclui as condutas resultantes de atos homofóbicos**

Importante!!!

ODS5E16

A 2ª Turma do STF, ao julgar o RHC 222.599, em 7/2/2023, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, consolidou o entendimento de que, de acordo com o § 2º, inciso IV, do art. 28-A do CPP, que proíbe a aplicação do ANPP em casos de violência doméstica ou familiar, ou em crimes praticados contra mulheres por razões de gênero, o uso desse acordo deve estar em conformidade com a Constituição Federal e compromissos internacionais do Brasil. Isso visa garantir o direito fundamental à não discriminação (art. 3º, inciso IV, da CF), o que exclui a aplicação do ANPP em crimes raciais.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.607.962-GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Alessandro e Jadson, namorados, estavam em um clube de piscinas aberto ao público e se abraçaram, assim como outros casais héteros que estavam no local.

Regina, ao ver a troca de carinho entre eles, disse: “depois fala que é preconceito, poderia respeitar, porque aqui tem crianças!”.

Alessandro perguntou o motivo de ela ter se sentido ofendida e ela respondeu “isso é imoral, está cheio de crianças aqui no clube”.

Alessandro e Jadson procuraram a Delegacia de Polícia e fizeram uma notícia crime contra Regina para que fosse apurada a eventual prática do crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/98:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

O art. 20 acima transcrito não fala em orientação sexual. Mesmo assim, a conduta de Regina pode ser incluída nesse tipo penal?

SIM.

Apesar de a orientação sexual não ter sido expressamente mencionada na redação do art. 20 da Lei nº 7.716/89, o STF deu interpretação conforme a Constituição para dizer que, enquanto não existe lei específica tipificando a conduta, a homofobia e a transfobia devem ser punidas segundo os tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89 (Lei de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor):

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à

identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

(...)

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

Voltando ao caso concreto:

O Ministério Público celebrou acordo de não persecução com a investigada.

O juiz, contudo, não aceitou homologar o ANPP sob o argumento de que ele não é aplicável para crimes raciais. Se tiver curiosidade, veja a fundamentação utilizada pelo magistrado (se estiver sem tempo, pode seguir sem a leitura):

“(...) ainda que seja medida de inegável importância para a garantia do princípio da duração razoável do processo e para a eficiência na prestação jurisdicional, entendo como inoportuna a aplicação de um instituto despenalizador ao tratar-se de crime violador de garantias fundamentais e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB).

No caso concreto, é importante apontar que, ainda que não impeça a eventual apreciação pelo Juízo Cível, o termo de evento nº 12 não tem o condão de reparar de nenhum modo a ofensa sofrida pela vítima.

Assim, em comunhão ao entendimento do Ministro Edson Fachin, em seu voto vencedor no recente julgamento do RHC 222.599, vejo como inaplicável o Acordo de Não Persecução Penal nos crimes raciais previstos na Lei 7.716/89, ou mesmo no art. 140, § 3º, do Código Penal.

A fim de extenuar a importante discussão do tema, anoto que a inaplicabilidade do instrumento despenalizador no âmbito dos crimes raciais tem sido alvo de publicações emanadas pelos próprios entes do Ministério Público (Enunciado 15 SUBJUR/MPPR¹, Orientação conjunta nº 01/2020 – PGJ/SP e CGMP/SP², Recomendação Conjunta PGJ/CGMP-PI Nº 04/2020³, Nota Técnica Orientativa Conjunta nº 01/2020 do MPAC e Enunciado nº 113/2021 do MPDFT).

Diante do exposto, nos termos do art. 5º, incisos XLI e XLII, da CRFB, ADO 26/DF c/c art. 28-A, §7º, do Código de Processo Penal, RECUSO A HOMOLOGAÇÃO do Acordo de Não Persecução Penal.”

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão supratranscrita, no qual argumentou:

“(...) tem-se que embora a referida declaração tenha conteúdo discriminatório, não teve dolo exacerbado a ponto de impedir o oferecimento de acordo de não persecução penal. Merece, como sempre, o caso ser analisado sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o que foi feito pelo titular da ação penal no sistema processual acusatório. Ora, caberia, em tese, um anpp para um homicídio culposo mas não caberia para a investigada por essa situação?”

O Tribunal de Justiça de Goiás rejeitou o recurso do Parquet.

Ainda inconformado, o MP interpôs recurso especial insistindo que seria possível o ANPP para o crime de racismo.

O STJ concordou com os argumentos do MP? É cabível ANPP para a pessoa acusada de racismo?
NÃO.

O juiz pode recusar a homologação da proposta de acordo de não persecução penal (ANPP) caso esta não atenda aos requisitos legais, incluindo a necessidade e suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, caput e § 7º, do CPP).

Nesse sentido, a Segunda Turma do STF consolidou o entendimento de que, conforme a excepcionalidade prevista no inciso IV do § 2º do art. 28-A do CPP, que impede a aplicação do ANPP “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor”, o acordo “despenalizador” deve respeitar a Constituição Federal e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, especialmente no que se refere ao direito fundamental à não discriminação (art. 3º, inciso IV, da CF). Dessa forma, o ANPP não pode ser aplicado a crimes raciais, incluindo a injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal) e os delitos previstos na Lei n. 7.716/1989:

(...) 1. A construção e o efetivo alcance de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos, tal como previsto no preâmbulo da Constituição Federal, perpassa, inequivocamente, pela ruptura com a praxis de uma sociedade calcada no constante exercício da dominação e desrespeito à dignidade da pessoa humana.

2. A promoção do bem de todos, aliás, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

3. Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo “despenalizador” e a inibição da persecutio criminis exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades.

4. Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal (HC 154248).

5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 222599, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 22-03-2023 PUBLIC 23-03-2023)

Além disso, o STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, reconheceu a inércia inconstitucional do Congresso Nacional em implementar legislação destinada a cumprir o mandado de incriminação previsto nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF. Assim, conferiu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia como expressões de racismo, aplicando a essas condutas o tratamento legal previsto na Lei n. 7.716/1989, até que seja editada legislação específica. (STF, ADO 26, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 6/10/2020).

No caso em questão, o Tribunal de origem manteve a recusa da homologação do ANPP celebrado entre o Ministério Público e a autora dos supostos atos homofóbicos. A conduta, em tese, enquadra-se na Lei nº 7.716/1989 ou no art. 140, § 3º, do Código Penal (veja novidade legislativa abaixo), sendo considerado insuficiente o ajuste proposto para a reprovação e prevenção do crime, à luz do direito fundamental à não discriminação. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência do STF e do STJ.

Em suma:

Não cabe acordo de não persecução penal nos crimes raciais, o que inclui as condutas resultantes de atos homofóbicos.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.607.962-GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

DOD PLUS – LEI 14.532/2023 E INJÚRIA RACIAL COMO FORMA DE RACISMO

No Brasil, existe uma lei que pune os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Trata-se da Lei nº 7.716/89 (Lei do Crime Racial).

O crime mais conhecido desta lei é o do art. 20, que diz:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Além dele, existem outros delitos tipificados pela Lei nº 7.716/89, como, por exemplo, os arts. 5º e 13:

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Ocorre que, antes da Lei nº 14.532/2023, havia uma conduta criminosa – lamentavelmente comum na prática – que, apesar de envolver elementos de raça, não era punida pela Lei nº 7.716/89, mas sim pelo Código Penal. Que conduta era essa? A ofensa na qual o agente utilizava elementos de raça.

Vou dar um exemplo baseado em um caso concreto:

Determinado cliente, em um posto de gasolina, ofendeu a frentista chamando-a de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”. Qual foi o crime por ele cometido?

Antes da Lei nº 14.532/2023:

Injúria qualificada pelo preconceito, também conhecida como injúria racial, delito que era tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal com a seguinte redação:

Art. 140 (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

(Redação antes da Lei nº 14.532, de 2023)

Depois da Lei nº 14.532/2023:

Essa conduta passou a ser um crime autônomo tipificado no art. 2º-A da Lei nº 7.716/89:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Compare:

INJÚRIA EM RAZÃO DE RAÇA, COR, ETNIA OU PROCEDÊNCIA NACIONAL

Antes da Lei nº 14.532/2023:	Depois da Lei nº 14.532/2023:
<p>Era conduta punida no art. 140, § 3º do CP: Art. 140 (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.</p>	<p>Passou a ser punida pelo art. 2º-A da Lei nº 7.716/89: Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.</p>

A substituição da palavra “origem” pela expressão “procedência nacional” não tem relevância jurídica, tendo sido feita apenas para manter a coerência com a terminologia que já era empregada no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

Procedência nacional é o lugar de onde a pessoa veio, o lugar onde ela nasceu ou morava. Em outras palavras, é a sua origem.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, este conceito abrange tanto os estrangeiros (ex: venezuelanos, haitianos) como também os nacionais que se deslocam dentro do país (exs: nortistas, nordestinos, sulistas etc.).

Vale ressaltar, ainda, que o § 3º do art. 140 do CP não foi inteiramente revogado. Ele continua punindo a injúria envolvendo elementos referentes:

- à religião;
- à condição de pessoa idosa; ou
- à condição de pessoa com deficiência.

Antes da Lei nº 14.532/2023:	Depois da Lei nº 14.532/2023:
<p>Código Penal Art. 140 (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.</p>	<p>Código Penal Art. 140 (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.</p>

Quais os impactos dessa primeira mudança?

- Houve um aumento da pena, que passou a ser de 2 a 5 anos (antes era de 1 a 3 anos). Repare que a pena da injúria racial passa a ser, em regra, maior que a punição do crime do art. 20 da Lei nº 7.716/89;
- Há agora uma causa de aumento de metade (1/2) se o crime for cometido em concurso de pessoas;
- Antes da Lei nº 14.532/2023, a injúria racial era um crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima (art. 145, parágrafo único, do CP). Agora, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada;
- A injúria racial está formalmente inserida dentro da Lei do Crime Racial, sendo considerada uma espécie de racismo

Lei nº 14.532/2023 é irretroativa

Veja que a Lei nº 14.532/2023 é mais gravosa (*novatio legis in pejus*). Por esse motivo, as pessoas que praticaram injúria racial antes de 11/01/2023 (data da entrada em vigor da Lei nº 14.532/2023), continuam respondendo pelo art. 140, § 3º do CP.

Alteração no § 3º do art. 140 do CP não representou abolitio criminis

Como vimos acima, a injúria racial (ou injúria discriminatória), antes era prevista no § 3º do art. 140 do CP. Com a Lei nº 14.532/2023 foi transportada para o art. 2º-A da Lei nº 7.716/89. Assim, não houve abolitio criminis, mas sim continuidade normativo-típica.

O princípio da continuidade normativa ocorre “quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário.” (trecho do voto do saudoso Ministro Gilson Dipp no STJ HC 204.416/SP).

O racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, é um crime imprescritível?

SIM. Nunca houve dúvidas disso porque o texto da Constituição Federal é expresso. Confira:

Art. 5º (...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O crime de injúria racial também é crime imprescritível? A injúria racial pode ser enquadrada também no art. 5º, XLII, da CF/88?

SIM.

Antes da Lei nº 14.532/2023:

O STJ e o STF afirmavam que a prática de injúria racial, prevista até então no art. 140, § 3º, do Código Penal, também era uma forma de racismo, mesmo não estando na Lei nº 7.716/89. Logo, também se aplicava a regra do art. 5º, XLII, da CF/88.

O crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível.

STF. Plenário. HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2021 (Info 1036).

A denominada injúria racial é mais um delito no cenário do racismo, sendo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020.

Depois da Lei nº 14.532/2023:

Esse entendimento jurisprudencial foi reforçado. Isso porque agora a injúria racial está dentro da Lei nº 7.716/89 (Lei do Crime Racial).

PROVAS

É legítima a prova encontrada no lixo descartado na rua por pessoa apontada como integrante de grupo criminoso sob investigação e recolhido pela polícia sem autorização judicial, sem que isso configure pesca probatória (*fishing expedition*) ou violação da intimidade

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: João e outros comparsas estavam envolvidos em uma organização criminosa que gerenciava apostas ilegais de jogo do bicho, sendo suspeitos da prática de diversos crimes. A polícia instaurou inquérito policial e estava monitorando o grupo.

Determinado dia, policiais estavam à paisana observando discretamente o escritório da organização criminosa. João saiu do local e deixou dois sacos de lixo na lixeira em frente ao prédio. Os policiais recolheram esses sacos que estavam na via pública.

Ao analisarem o conteúdo, encontram documentos e listas que comprovavam as operações da organização, incluindo valores arrecadados com apostas, premiações e a contabilidade interna do grupo. O material encontrado nos sacos de lixo foi apreendido, analisado e anexado ao inquérito policial.

Com base nesses e em outros elementos informativos, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João e outros membros da organização criminosa.

O STJ considerou que essa prova é lícita.

Todo material, seja ele genético ou documental, uma vez descartado pelo investigado, sai de sua posse ou domínio e, portanto, deixa de existir qualquer expectativa de privacidade do investigado ou possibilidade de se invocar o direito a não colaborar com as investigações.

O descarte dos sacos de lixo foi realizado por um investigado, não havendo se cogitar em expectativa de privacidade a respeito do material colhido, dispensando-se autorização judicial para apreensão e análise do seu conteúdo.

STJ. 6ª Turma. RHC 190.158-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

Imagine a seguinte situação adaptada:

João e outros comparsas estavam envolvidos em uma organização criminosa que gerenciava apostas ilegais de jogo do bicho, sendo suspeitos da prática de diversos crimes.

A polícia instaurou inquérito policial e estava monitorando o grupo.

Determinado dia, policiais estavam à paisana observando discretamente o escritório da organização criminosa. João saiu do local e deixou dois sacos de lixo na lixeira em frente ao prédio.

Os policiais recolheram esses sacos que estavam na via pública.

Ao analisarem o conteúdo, encontram documentos e listas que comprovavam as operações da organização, incluindo valores arrecadados com apostas, premiações e a contabilidade interna do grupo.

O material encontrado nos sacos de lixo foi apreendido, analisado e anexado ao inquérito policial.

Com base nesses e em outros elementos informativos, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João e outros membros da organização criminosa.

A denúncia foi recebida.

A defesa de João e dos outros réus impetraram habeas corpus alegando que a coleta desse lixo foi ilegal, pois não houve autorização judicial para a apreensão e análise. Eles argumentam que essa ação violou o direito à privacidade dos investigados e que as provas derivadas obtidas deveriam ser consideradas nulas. Para os impetrantes, teria ocorrido uma violação da expectativa de privacidade dos investigados a respeito do material colhido após o descarte – o que violaria, em última instância, o direito fundamental à intimidade.

De acordo com a tese veiculada pela defesa, para que a Polícia Civil acessasse os resíduos sólidos descartados por qualquer pessoa, ela precisaria de autorização judicial.

Os advogados argumentaram que abrir mão da propriedade não é o mesmo que abrir mão da privacidade.

Os argumentos dos impetrantes foram acolhidos pelo STJ?

NÃO.

Todo material, seja ele genético ou documental, uma vez descartado pelo investigado, sai de sua posse ou domínio e, portanto, deixa de existir qualquer expectativa de privacidade do investigado ou possibilidade de se invocar o direito a não colaborar com as investigações.

No caso, a prova cuja legalidade é discutida foi colhida em via pública, mais especificamente na calçada do lado de fora de um dos escritórios utilizados pela organização criminosa que estava sendo investigada. O descarte dos sacos de lixo foi realizado por um investigado, não havendo se cogitar em expectativa de privacidade a respeito do material colhido, dispensando-se autorização judicial para apreensão e análise do seu conteúdo.

Não se verifica na atuação policial a chamada pescaria probatória (*fishing expedition*), pois não se estava diante de uma investigação indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado. O trabalho de campo já tinha se iniciado, com o mapeamento de estabelecimentos de fachada, identificação de integrantes e conhecimento do modo de agir do grupo.

Também não parece ter sido invertida a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade ou a vida privada dos investigados. A oportunidade apareceu, no momento da campana policial (toda documentada), com o descarte na rua de material que poderia ser simples restos de comida, embalagens vazias e papéis sem valor, como anotações, que se mostraram relevantes e aptas a dar suporte ao que estava sendo apurado. Não houve nem sequer ingresso no imóvel cuja movimentação estava se observando. As provas obtidas estavam no lixo.

Dessa forma, é legítima a prova encontrada no lixo descartado na rua por pessoa apontada como integrante de grupo criminoso sob investigação e recolhido pela polícia sem autorização judicial, sem que isso configure pesca probatória (*fishing expedition*) ou violação da intimidade.

Em suma:

É legítima a prova encontrada no lixo descartado na rua por pessoa apontada como integrante de grupo criminoso sob investigação e recolhido pela polícia sem autorização judicial, sem que isso configure pesca probatória (*fishing expedition*) ou violação da intimidade.

STJ. 6ª Turma. RHC 190.158-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

EXECUÇÃO PENAL

A decisão que concede progressão é declaratória; a data-base para a concessão da progressão subsequente é data em que o último requisito é cumprido, seja ele objetivo ou subjetivo

Importante!!!

ODS 16

A decisão que defere a progressão de regime não tem natureza constitutiva, senão declaratória.

O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), e não a data em que efetivamente foi deferida a progressão.

Essa data deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo.

Se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele (o subjetivo) o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.972.187-SP, REsp 1.976.197-RS, REsp 1.976.210-RS, 1.973.589-SP e REsp 1.973.105-SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgados em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1.165) (Info 821).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado a uma pena privativa de liberdade de 13 anos e 22 dias, em regime fechado. Ele estava cumprindo a pena.

Pedido de progressão

Em 07 de janeiro de 2021, João cumpriu a quantidade de pena necessária para a progressão de regime para o semiaberto. Em outras palavras, ele preencheu o requisito objetivo para a progressão de regime. A Defensoria Pública, que fazia a assistência jurídica do apenado, formulou pedido de progressão de regime, anexando, atestado de bom comportamento carcerário para comprovar também o preenchimento do requisito subjetivo.

O Ministério Público concordou que o apenado já tinha implementado o requisito objetivo (transcurso da fração necessária de cumprimento da pena). No entanto, discordou da presença do requisito subjetivo (bom comportamento carcerário). O Promotor argumentou que o apenado teria praticado, em 2019, falta disciplinar.

Constatação do requisito subjetivo por meio de exame criminológico

Diante desse cenário, o juiz da execução penal determinou que, antes de decidir, deveria ser realizado um exame criminológico (obs: nessa época, o exame criminológico não era obrigatório, mas sim facultativo; veja mais informações ao final da explicação do julgado).

As faltas graves recentes justificam a realização do exame criminológico para fins de análise do cumprimento do requisito subjetivo para fins de progressão de regime e concessão de livramento condicional.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 844.388/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 21/5/2024.

Em 07 de maio de 2021, foi realizado o exame criminológico e o resultado foi favorável ao apenado.

Decisão concedendo a progressão

Em 07 de junho de 2021, o juiz, reconhecendo a presença dos requisitos objetivo e subjetivo, concedeu a progressão de regime. Assim, João deixou o regime fechado para iniciar cumprimento de sua pena no regime semiaberto.

Até aqui, sem maiores controvérsias.

Pedido de progressão para o regime aberto

Ocorre que, passado algum tempo, a Defensoria Pública deu entrada em um novo pedido de progressão, dessa vez para o regime aberto.

Para afirmar que João já havia cumprido a fração de pena necessária no regime semiaberto (de modo a progredir para o aberto), a Defensoria utilizou como marco inicial a data de 07 de janeiro de 2021.

Em outras palavras, para a Defensoria, o marco inicial para a progressão para o regime aberto deveria ser a data em que João cumpriu o requisito objetivo para migrar do regime fechado para o semiaberto.

O Ministério Público discordou. O Promotor de Justiça argumentou que o marco inicial para a contagem seria, no caso, a data em que efetivamente foi deferida a progressão (07 de junho de 2021). Isso porque a decisão que defere a progressão de regime não tem natureza constitutiva, senão declaratória.

Resumindo a controvérsia: qual é o termo inicial (data-base) para a próxima progressão de regime?

Para a Defensoria, seria a data em que preenchido o requisito objetivo.

Para o MP, seria a data em que efetivamente foi deferida a progressão.

Quem tem razão neste caso hipotético: a Defensoria ou o Ministério Público?

Nenhum dos dois.

O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os dois requisitos, ou seja, objetivo e o subjetivo.

A data-base para a concessão de nova progressão de regime é o dia em que o último requisito (objetivo ou subjetivo) do art. 112 da Lei nº 7.210/1984 estiver preenchido, tendo em vista que o dispositivo legal exige a concomitância de ambos para o deferimento do benefício.

Essa data deverá ser definida de forma casuística (caso a caso). Isso porque pode acontecer de algumas vezes o requisito objetivo ser preenchido antes e outras vezes depois do requisito subjetivo.

Assim, o termo inicial será o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo.

Se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele (o subjetivo) o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime.

A data em que a progressão foi deferida não pode ser utilizada como data base (termo inicial) para a próxima progressão. Isso porque a decisão que defere a progressão de regime não tem natureza constitutiva, mas sim declaratória.

Tese fixada:

A decisão que defere a progressão de regime não tem natureza constitutiva, senão declaratória. O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), e não a data em que efetivamente foi deferida a progressão. Essa data deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. Se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele (o subjetivo) o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.972.187-SP, REsp 1.976.197-RS, REsp 1.976.210-RS, 1.973.589-SP e REsp 1.973.105-SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), julgados em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1.165) (Info 821).

Esse é também o entendimento do STF:

A definição da data-base para a progressão de regime decorre do cumprimento cumulativo dos requisitos objetivo e subjetivo.

STF. 2ª Turma. HC 210506 AgR, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 14-03-2022.

No nosso exemplo hipotético, qual seria a data-base para a efeito de nova progressão de regime?

07 de maio de 2021, data em que foi realizado o exame criminológico e o resultado foi favorável ao apenado. Nesse sentido:

Sendo determinada a realização de exame criminológico, reputa-se preenchido o requisito subjetivo no momento da realização do exame favorável ao paciente, razão pela qual deve ser considerado como data-base para nova progressão, mesmo estando o requisito objetivo preenchido em momento anterior.

No caso em tela, foi solicitado exame criminológico para a verificação do preenchimento do requisito subjetivo para progressão de regime, cujo parecer restou favorável ao apenado, devendo, desse modo, ser considerado o dia da realização da referida perícia como data-base para a concessão do futuro benefício.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.103.527/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 13/5/2024.

DOD PLUS – LEI 14.843/2024 – EXAME CRIMINOLÓGICO

O que é exame criminológico?

Trata-se de um exame

- feito no condenado
- por um profissional

- com o objetivo de verificar
- se este apenado tem aptidão física e psíquica para progredir de regime.

A doutrina afirma que se trata de um exame de cunho biopsicossocial do criminoso a fim de formar um diagnóstico de sua personalidade e, assim, obter um prognóstico criminal.

Desse modo, tem por objetivo detalhar a personalidade do delinquente, sua imputabilidade ou não, o teor de sua periculosidade, a sensibilidade à pena e a probabilidade de sua correção (PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012).

A partir disso, o exame criminológico fornece subsídios para o magistrado decidir se deve ou não conceder a progressão de regime.

Breve histórico do exame criminológico na legislação

Redação original da LEP:

O art. 112 da Lei de Execuções Penais, em sua redação original, mencionava expressamente o exame criminológico para a progressão de regime.

Veja a redação que perdurou de 1984 a 2003:

Art. 112. (...)

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Lei 10.792/2003:

A Lei nº 10.792/2003 alterou esse art. 112 e deixou de mencionar a possibilidade de exigir exame criminológico. Veja como ficou a redação do art. 112 após a Lei nº 10.792/2003:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Mesmo após a Lei nº 10.792/2003 continuou sendo possível exigir o exame criminológico?

SIM. A jurisprudência se firmou no sentido de que, mesmo após a Lei nº 10.792/2003, o exame criminológico ainda poderia ser realizado se o juiz, de forma fundamentada e excepcional, entendesse que a perícia era absolutamente necessária para a formação de seu convencimento.

Em suma, a Lei nº 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização do exame criminológico, que ainda poderia ser feito para a aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado.

Nesse sentido, em 28/04/2010, o STJ aprovou o seguinte enunciado espelhando essa conclusão:

Súmula 439-STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Há também uma súmula do STF, aprovada em 16/12/2009, que indica a possibilidade da realização do exame criminológico:

Súmula vinculante 26: Para efeito de progressão de regime de cumprimento de pena, por crime hediondo ou equiparado, praticado antes de 29 de março de 2007, o juiz da execução, ante a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8.072/90, aplicará o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, na redação original, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não os requisitos objetivos e subjetivos do benefício podendo determinar para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Assim, mesmo após a Lei nº 10.792/2003, continuou sendo possível que o juiz negasse a progressão de regime com base no exame criminológico:

Esta Corte possui o entendimento de que o resultado desfavorável de exame criminológico justifica a negativa de progressão de regime por falta de requisito subjetivo.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 870.417/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 5/12/2023.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 848.737/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 2/10/2023.

Lei nº 14.843/2024

O exame criminológico passou a ser obrigatório para que o apenado tenha direito à progressão de regime. Veja abaixo a exigência feita pela Lei nº 14.843/2024 no que tange ao exame criminológico:

TÍTULO V - DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE CAPÍTULO I - DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SEÇÃO II - DOS REGIMES	
Antes da Lei 14.843/2024	Depois da Lei 14.843/2024
Art. 112. (...) § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.	Art. 112. (...) § 1º Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico , respeitadas as normas que vedam a progressão. (redação dada Lei nº 14.843/2023)
Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: (...) II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.	Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: (...) II - apresentar, pelos seus antecedentes e pelos resultados do exame criminológico , fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade e senso de responsabilidade, ao novo regime. (redação dada Lei nº 14.843/2023)

Vale ressaltar que é extremamente provável que a jurisprudência mitigue essa obrigatoriedade do exame criminológico. Em diversas comarcas do interior do país será muito difícil a realização do exame e, certamente, os juízes e tribunais irão relativizar a exigência e conceder a progressão mesmo sem esses resultados.

Como fica agora a súmula 439 do STJ?

Fica superada, em parte.

A súmula dizia que o juiz somente poderia exigir o exame criminológico se houvesse necessidade diante das peculiaridades do caso concreto, devendo, para isso, prolatar decisão fundamentada.

Súmula 439-STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Aprovada em 28/04/2010, DJe 13/05/2010.

Com a Lei nº 14.843/2024, o juiz deverá exigir o exame criminológico em todas as situações de progressão de regime e, somente se for dispensar o exame, é que deverá fundamentar essa excepcionalidade com base nas peculiaridades do caso.

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

Incide IRRF na transferência de quotas de fundo de investimento por sucessão causa mortis?

ODS 16

Não incide Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre a transferência de fundos de investimentos por sucessão *causa mortis* quando, sem pleitear resgate, os herdeiros formulam apenas requerimento de transmissão das quotas, a fim de continuar na relação iniciada pelo *de cujus* com a administradora, com opção pela manutenção dos valores declarados na última Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF) apresentada pelo falecido.

No caso, os fundos de investimento foram transferidos aos herdeiros diretamente em razão do falecimento do titular e avaliados conforme última declaração de renda do *de cujus*, e não por valor de mercado, pelo que não deve haver a cobrança do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF).

STJ. 1ª Turma. REsp 1.968.695-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, empresário bem-sucedido, faleceu. Ele deixou para seus dois filhos e únicos herdeiros (Paulo e Carla) diversas cotas de fundos de investimento em um banco. Esses fundos eram do tipo “fechado”, ou seja, só poderiam ser resgatados ao final de um prazo determinado.

Foi aberto o processo de inventário.

Paulo e Carla solicitaram ao banco a transferência das cotas para seus nomes, mantendo o mesmo valor declarado na última declaração de imposto de renda do pai falecido. Eles não queriam resgatar o dinheiro, apenas assumir a titularidade dos investimentos.

O banco, no entanto, informou que, de acordo com orientações da Receita Federal, seria necessário reter o Imposto de Renda na Fonte (IRRF) sobre o valor total dos investimentos no momento da transferência, como se fosse um resgate.

Paulo e Carla discordaram dessa cobrança, argumentando que não houve ganho real ou resgate, apenas uma transferência de titularidade por herança. Eles então ingressaram com ação questionando essa cobrança.

Argumentaram que não há fato gerador do IRRF na mera transferência *causa mortis* de cotas fundos fechados aos herdeiros pelo valor da DIRPF do *de cujus*, seja pelo fato de não ter sido apurado ganho de capital nesse evento, seja porque a legislação específica não prevê essa hipótese (transmissão causa mortis) como forma de alienação.

A controvérsia neste caso é se o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) pode ser aplicado na transferência de cotas de fundos de investimento devido à sucessão por morte.

Os autores buscaram a transferência de cotas de fundos deixadas pelo pai, conforme os valores informados na última Declaração de Imposto de Renda (DIRPF) do falecido.

O pedido de Paulo e Carla foi acolhido pelo STJ?

SIM.

O art. 43 do CTN estabelece que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; ou

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

O art. 23 da Lei nº 9.532/1997, por sua vez, estabelece duas opções para a avaliação dos bens e direitos transferidos por sucessão, nos casos de herança, legado ou doação em adiantamento da legítima:

- a) valor de mercado; e
- b) valor informado na DIRPF do falecido ou do doador.

O STF, no julgamento do RE 1.425.609/GO, decidiu pela constitucionalidade e ausência de bitributação no caso de incidência de IRRF quando a transferência de bens é feita pelo valor de mercado. No caso específico ali julgado, houve ganho de capital, pois a autora havia doado bens de sua herança à filha, utilizando o valor de mercado como base.

No entanto, a situação presente é diferente. Isso porque as cotas de fundos de investimento estão sendo transferidas aos herdeiros em razão do falecimento do titular, com avaliação baseada na última declaração de renda do falecido, e não pelo valor de mercado. Assim, a norma citada para a cobrança de IRRF não se aplica neste caso.

Além disso, vale destacar que, nos fundos de investimento, o cálculo do IRRF, devido no momento da liquidação, é feito sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o valor de aquisição das cotas, conforme o art. 28, II, e § 7º, da Lei nº 9.532/1997.

Também não se aplica ao caso o art. 65 da Lei nº 9.532/1997, que trata da incidência de IRRF sobre rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa. Esse dispositivo, que abrange alienação de títulos, liquidação, resgate, cessão ou repactuação, refere-se a fundos de renda fixa e não a fundos de investimento. Além disso, a alienação, como ato voluntário, não se confunde com a transferência causa mortis, regulada especificamente pelo art. 23 da Lei nº 9.532/1997.

Portanto, não há previsão legal que autorize a incidência de IRRF sobre a mera transferência de cotas de fundos de investimento decorrente de sucessão causa mortis, quando os herdeiros optam por adotar o valor constante da última declaração de bens do falecido. O imposto só incide se a transferência for feita pelo valor de mercado e houver ganho de capital.

Dessa forma, o Ato Declaratório Interpretativo ADI/SRFB n. 13/2007 é ilegal na parte em que prevê a incidência de IRRF em casos de transmissão de aplicações financeiras por sucessão hereditária, sem vinculação à existência de ganho de capital.

Em observância ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Constituição Federal, a administração tributária só pode exigir o tributo quando houver perfeita correspondência entre o fato e a hipótese de incidência legalmente descrita.

Assim, não é cabível uma interpretação extensiva da norma para incluir a hipótese de transferência de bens causa mortis sem ganho de capital, especialmente no caso de fundos de investimento sob a forma de condomínio fechado.

Conclui-se, portanto, que não incide IRRF sobre a transferência de cotas de fundos de investimento por sucessão causa mortis, quando os herdeiros apenas solicitam a transmissão das cotas, sem resgate, mantendo-se na relação contratual estabelecida pelo falecido, e utilizando os valores declarados na última DIRPF do de cujus.

Em suma:

Não incide Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre a transferência de fundos de investimentos por sucessão *causa mortis* quando, sem pleitear resgate, os herdeiros formulam apenas requerimento de transmissão das quotas, a fim de continuar na relação iniciada pelo *de cujus* com a administradora, com opção pela manutenção dos valores declarados na última Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF) apresentada pelo falecido.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.968.695-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13/8/2024 (Info 821).

ICMS

O contribuinte não precisa comprovar que assumiu o encargo financeiro para pedir a restituição de valores pagos a mais a título de ICMS no regime de substituição tributária para frente

ODS 16

Na sistemática da substituição tributária para frente, em que o contribuinte substituído revende a mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida para o recolhimento do tributo, é inaplicável a condição prevista no art. 166 do CTN.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.034.975-MG, REsp 2.034.977-MG e REsp 2.035.550-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1191) (Info 821).

ICMS

O ICMS é um imposto *estadual* previsto no art. 155, II, da CF e na LC 87/96:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Principais características do imposto:

- *plurifásico*: incide sobre o valor agregado, obedecendo-se ao princípio da não-cumulatividade;
- *real*: as condições da pessoa são irrelevantes;
- *proporcional*: não é progressivo;
- *fiscal*: tem como função principal a arrecadação.

Fatos geradores

Eduardo Sabbag afirma que, resumidamente, o ICMS pode ter os seguintes fatos geradores (*Manual de Direito Tributário*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1061):

- circulação de mercadorias;
- prestação de serviços de transporte intermunicipal;
- prestação de serviços de transporte interestadual;
- prestação de serviços de comunicação.

Regra da não cumulatividade

O art. 155, § 2º, I, da CF/88 determina que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Ricardo Alexandre explica a regra da não cumulatividade:

“A cada aquisição tributada de mercadoria, o adquirente registra como crédito o valor incidente na operação. Tal valor é um “direito” do contribuinte (“ICMS a recuperar”), que pode ser abatido do montante incidente nas operações subsequentes.

A cada alienação tributada de produto, o alienante registra como débito o valor incidente na operação. Tal valor é uma obrigação do contribuinte, consistente no dever de recolher o valor devido aos cofres públicos estaduais (ou distritais) ou compensá-los com os créditos obtidos nas operações anteriores (trata-se do “ICMS a recolher”).

Periodicamente, faz-se uma comparação entre os débitos e créditos. Caso os débitos sejam superiores aos créditos, o contribuinte deve recolher a diferença aos cofres públicos. Caso os créditos sejam maiores, a diferença pode ser compensada posteriormente ou mesmo, cumpridos determinados requisitos, ser objeto de ressarcimento.” (*Direito Tributário*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 721).

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A FRENTE E RESTITUIÇÃO DO ICMS PAGO A MAIS

Substituição tributária para a frente (progressiva)

A substituição tributária progressiva, também chamada de substituição tributária para a frente ou subsequente, é uma técnica de arrecadação de alguns impostos, em especial o ICMS.

Na substituição tributária para a frente, a lei prevê que o tributo deverá ser recolhido antes mesmo que ocorra o fato gerador.

Desse modo, primeiro há o recolhimento do imposto e, em um momento posterior, ocorre o fato gerador. Diz-se, então, que o fato gerador é presumido porque haverá o pagamento do tributo sem se ter certeza de que ele irá acontecer.

Previsão

A substituição tributária progressiva é prevista na própria CF/88:

Art. 150 (...) § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela EC 3/93)

Vale ressaltar que, mesmo antes da EC 3/93, que incluiu esta previsão na CF/88, os Estados já adotavam a técnica da substituição tributária progressiva e o STF considerava legítima. Assim, mesmo antes da EC 3/93 era possível a substituição tributária para a frente.

Veja o exemplo dado por Ricardo Alexandre:

“Suponha-se que “A” é uma refinaria de combustíveis que vende gasolina para diversos distribuidores (“B”), os quais, por sua vez, vendem o combustível para milhares de postos (“C”), que, por fim, fazem a venda aos consumidores finais.

Nessa situação, torna-se mais fácil e eficiente para o Estado cobrar de “A” todo o tributo incidente na cadeia produtiva, mesmo no que concerne aos fatos geradores a serem praticados em momento futuro.

Assim, “A” será sujeito passivo do tributo incidente sobre as seguintes operações:

- a) venda de combustível feita de “A” para “B”;
- b) venda de combustível de “B” para “C”;
- c) venda de combustível feita por “C” aos consumidores.

Com relação ao primeiro caso, “A” é **contribuinte**, pois é ele quem pratica o ato definido em lei como fato gerador do ICMS, tendo com ele relação pessoal e direta (promove a saída da mercadoria do estabelecimento comercial). Com relação aos dois últimos casos, “A” é responsável, pois sua obrigação decorre de expressa determinação legal, apesar de não possuir relação pessoal e direta com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial.” (ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 401).

Veja como fica a cadeia de vendas e a incidência do imposto:

- “A” vende para “B” (“A” paga o tributo como contribuinte e também já paga, como responsável tributário, o imposto relacionado com as vendas futuras).
- “B” vende para “C” (“B” não pagará mais o imposto, uma vez que este já foi pago por “A”, como substituto tributário).
- “C” vende para os consumidores (“C” não pagará o imposto, uma vez que este já foi pago por “A”, como substituto).

Assim, todo o tributo é pago de uma só vez por “A”, sendo calculado sobre o valor pelo qual se presume que a mercadoria será vendida ao consumidor.

Contribuinte substituto e contribuinte substituído

- Contribuinte substituto é aquele que faz a retenção do imposto na fonte (retenção do ICMS, por ex.) relativo às saídas subsequentes com a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e o recolhe aos cofres públicos.
- Contribuinte substituído é o que recebe a mercadoria com o ICMS retido na fonte pelo contribuinte substituto.

Ex: uma indústria, ao vender seus produtos para um supermercado, já faz a retenção do ICMS que o supermercado iria pagar quando vendesse as mercadorias para o consumidor final. A indústria desempenha o papel de contribuinte substituto e o supermercado de contribuinte substituído.

Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final

O ICMS de combustíveis é sujeito ao regime de substituição tributária e quando se trata de combustíveis, a substituição tributária exige a determinação de um valor base para cálculo do ICMS.

O governo estadual estabelece periodicamente o Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF) para cada tipo de combustível. Este preço é calculado levando em conta as vendas reais e os preços praticados pelos revendedores em uma determinada região.

Com o PMPF definido, o valor do ICMS a ser recolhido antecipadamente é calculado com base nesse preço médio. Isso significa que, ao invés de calcular o imposto com base no preço de venda específico de cada estabelecimento, usa-se o PMPF como referência.

E se o fato gerador presumido não ocorrer? Ex: a refinaria pagou o imposto relacionado com as vendas futuras na qualidade de responsável tributário; suponhamos, no entanto, que houve um acidente no distribuidor e ele perdeu toda a gasolina que revenderia; logo, o FG que se presumiu que ocorreria não aconteceu, apesar de o imposto já ter sido pago. O que fazer neste caso?

A CF/88 determina expressamente que, se o fato gerador presumido não se realizar, a Administração Pública deverá restituir a quantia paga, de forma imediata e preferencial (art. 150, § 7º).

E se o fato gerador presumido ocorrer, mas com um valor diverso do que foi presumido e calculado? Ex: a refinaria pagou o imposto relacionado com as vendas futuras na qualidade de responsável tributário; suponhamos que o imposto foi calculado presumindo que o distribuidor venderia o combustível por R\$ 1,00 o litro, mas, na realidade, diante de uma crise no mercado, ele só conseguiu vender por R\$ 0,70; logo, a base de cálculo do imposto (valor da mercadoria efetivamente vendida) foi inferior àquela que havia sido presumida; diante disso, na prática, pagou-se um valor de imposto maior do que o que seria realmente devido. O que fazer neste caso? Haverá direito à restituição do valor pago a mais de imposto? SIM. O STF decidiu que:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

STF. Plenário. RE 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 19/10/2016 (Repercussão Geral – Tema 201) (Info 844).

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

O POSTO ALFA, varejista de combustíveis, adquiriu produtos da refinaria, que calculou o ICMS-ST com base no Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF).

O posto pagou à refinaria o valor total que inclui: o preço do combustível e o ICMS-ST.

Devido à intensa concorrência na sua região, o Posto vendeu combustíveis a preços inferiores ao PMPF utilizado para o cálculo do imposto.

Em razão disso, o posto ajuizou ação contra o Estado-membro buscando o ressarcimento do valor pago a mais de ICMS-ST, alegando que o preço de venda real foi inferior ao PMPF utilizado para a antecipação do imposto.

Aduziu que o Estado, ao publicar a tabela do PMPF, fixou preços muito superiores aos praticados localmente, resultando em um recolhimento de ICMS maior do que o devido pela empresa, sem que houvesse a restituição da quantia paga a mais, conforme exige o § 7º do art. 150 da Constituição Federal:

Art. 150 (...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Em contestação, o Estado alegou a ilegitimidade ativa, argumentando que, nos termos do art. 166 do CTN, o Posto não comprovou que não repassou o custo do ICMS para as vendas seguintes, nem apresentou a autorização necessária do consumidor para obter a restituição:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

A sentença julgou o pedido procedente.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença alegando que o art. 166 do CTN não se aplica a casos de substituição tributária “para frente”, como é o caso em julgamento, em que o tributo recolhido por substituição tributária foi suportado integralmente e exclusivamente pelo Posto quando da aquisição dos combustíveis comercializados.

Ainda inconformado, o Estado-membro interpôs recurso especial afirmando que não é possível dispensar o contribuinte (posto) de demonstrar que havia assumido o ônus financeiro ou que estava autorizado a pleitear as restituições em nome dos verdadeiros contribuintes (consumidores).

Os argumentos da Fazenda Pública foram acolhidos pelo STJ? Aplica-se neste caso o art. 166 do CTN?
NÃO.

A controvérsia em questão envolve determinar se o direito à restituição da diferença do ICMS/ST pago a mais, no regime de substituição tributária para frente, deve seguir as disposições do art. 166 do CTN. Isso ocorre quando a base de cálculo real da operação é inferior a presumida.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, com repercussão geral (Tema 201), fixou a tese de que:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

STF. Plenário. RE 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 19/10/2016 (Repercussão Geral – Tema 201) (Info 844).

No regime de substituição tributária para frente, o contribuinte substituído antecipa o recolhimento do tributo com base na base de cálculo presumida. Caso a mercadoria seja revendida por valor inferior ao presumido, o contribuinte não tem como recuperar o valor pago, sendo o desconto absorvido pela margem de lucro do comerciante.

A Primeira Turma do STJ já havia decidido que, quando o contribuinte substituído revende a mercadoria por um preço inferior a base de cálculo presumida, a exigência do art. 166 do CTN não se aplica (AgInt no REsp nº 1.968.227/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 1.9.2022).

Por sua vez, a Segunda Turma do STJ, ao julgar o REsp nº 525.625/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe de 21.11.2022, também reformulou seu entendimento, concluindo pela inaplicabilidade do art. 166 do CTN em casos semelhantes.

O art. 166 do CTN trata de “pagamento indevido”, mas as hipóteses previstas no art. 165 não abrangem o caso em discussão. Isso porque o montante pago na substituição tributária era devido no momento da operação inicial, ou seja, o pagamento não foi indevido à época. O direito à restituição surge quando a base de cálculo real se mostra inferior à presumida, caracterizando um fato posterior à operação. Assim, não se trata de repetição de indébito, como previsto no art. 165, mas de ressarcimento, conforme o art. 150, § 7º, da CF/1988 e o art. 10 da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir).

O Ministro Benedito Gonçalves, no voto do AgInt no REsp nº 1.949.848/MG, DJe de 15.12.2021, destacou que a questão não envolve a devolução do ICMS repassado no preço ao consumidor, mas sim da diferença entre a base de cálculo presumida e a efetiva, uma vez que a base presumida, não realizada, não foi repassada ao consumidor. Por isso, não há necessidade de comprovar o não repasse financeiro ao consumidor.

Portanto, no regime de substituição tributária para frente, quando a mercadoria é revendida por valor inferior a base de cálculo presumida, a exigência do art. 166 do CTN não se aplica.

Em suma:

Na sistemática da substituição tributária para frente, em que o contribuinte substituído revende a mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida para o recolhimento do tributo, é inaplicável a condição prevista no art. 166 do CTN.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.034.975-MG, 2.034.977-MG e 2.035.550-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1191) (Info 821).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Descontos no salário não afetam base de cálculo da contribuição previdenciária patronal

ODS 8 E 16

Os valores correspondentes aos descontos no salário (participação no custeio de vale-transporte, auxílio-alimentação e assistência à saúde, bem como Imposto de Renda Retido na Fonte e contribuição previdenciária do empregado) integram a remuneração do trabalhador e, dessa forma, compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal e das contribuições destinadas ao SAT e a terceiros. Isso significa que o percentual da contribuição previdenciária do empregador deve ser aplicado sobre o valor do salário bruto, e não apenas do salário líquido.

Tese fixada: As parcelas relativas ao vale-transporte, vale-refeição/alimentação, plano de assistência à saúde (auxílio-saúde, odontológico e farmácia), ao Imposto de Renda retido na fonte (IRRF) dos empregados e à contribuição previdenciária dos empregados, descontadas na folha de pagamento do trabalhador, constituem simples técnica de arrecadação ou de garantia para recebimento do credor, e não modificam o conceito de salário ou de salário contribuição, e, portanto, não modificam a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, do SAT e da contribuição de terceiros.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.005.029-SC, REsp 2.027.413-PR, REsp 2.027.411-PR, REsp 2.005.289-SC, REsp 2.005.087-PR, REsp 2.023.016-RS e REsp 2.005.567-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1174) (Info 821).

Contribuições para a seguridade social

A CF/88 prevê, em seu art. 195, as chamadas “contribuições para a seguridade social”.

Consistem em uma espécie de tributo, cuja arrecadação é utilizada para custear a seguridade social (saúde, assistência e previdência social).

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I — do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II — do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social;

III — sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV — do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

A CF/88 determina que os recursos arrecadados com as contribuições previstas no art. 195, I, “a” e II serão destinados exclusivamente para o pagamento de benefícios previdenciários do RGPS (administrado pelo INSS). Em razão disso, a maioria dos autores de Direito Previdenciário denomina as contribuições do art. 195, I, “a” e II de “contribuições previdenciárias”, como se fossem uma subespécie das contribuições para a seguridade social. Nesse sentido: Frederico Amado.

Contribuições previdenciárias

A contribuição previdenciária é uma espécie de tributo, cujo montante arrecadado é destinado ao pagamento dos benefícios do RGPS (aposentadoria, auxílio-doença, pensão por morte etc.)

Existem duas espécies de contribuição previdenciária:

PAGA POR QUEM	INCIDE SOBRE O QUE
1ª) Trabalhador e demais segurados do RGPS (art. 195, II).	Incide sobre o salário de contribuição, exceto no caso do segurado especial.
2ª) Empregador, empresa ou entidade equiparada (art. 195, I, “a”) (conhecida como “contribuição previdenciária patronal”).	Incide sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

A Alfa Ltda. é uma sociedade empresária que paga:

- 20% de contribuição previdenciária patronal;
- 5,8% de contribuições devidas a terceiros; e
- 2% de contribuição destinada ao SAT (Seguro de Acidente de Trabalho).

Os empregados da empresa recebem salário e, portanto, em regra, pagam imposto de renda e contribuição previdenciária (art. 195, II, da CF/88). Ocorre que, para facilitar a arrecadação tributária, não são os próprios empregados que vão até o banco e pagam esses tributos.

O imposto de renda e a contribuição previdenciária devidos pelos empregados são retidos na fonte, ou seja, a empresa FW, antes de pagar os seus funcionários, já efetua os descontos desses valores e os repassa para o Fisco.

A empresa funciona como responsável tributário, por força do art. 30 da Lei nº 8.212/91:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

- a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;
(...)

Vamos supor que a Alfa tinha que pagar R\$ 10 mil ao seu empregado João. Ocorre que, dessa quantia, R\$ 3 mil são relacionados com as seguintes rubricas:

- Vale-transporte;
- Vale-refeição/alimentação;
- Plano de assistência à saúde (incluindo auxílio-saúde, odontológico e farmácia);
- Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) dos empregados;
- Contribuição previdenciária dos empregados.

Diante disso, a empresa FW alegou o seguinte:

- os 20% de contribuição previdenciária patronal, os 5,8% de contribuições devidas a terceiros e os 3% de RAT que eu tenho que pagar deverão ser calculados sobre R\$ 7 mil (e não sobre R\$ 10 mil);
- isso porque esses R\$ 3 mil referentes a essas verbas serão descontados na folha de pagamento do trabalhador.

A empresa impetrou então mandado de segurança com o objetivo de excluir da base de cálculo da cota patronal da Contribuição Previdenciária, do Seguro de Acidente de Trabalho (SAT) e das contribuições de terceiros, os valores acima mencionados, que são descontados dos salários dos empregados.

A impetrante argumentou que esses valores, por suas naturezas específicas e desvinculadas do conceito de remuneração, não devem ser incluídos na base de cálculo das contribuições patronais.

Para ela, tributar valores que não constituem salário fere o conceito constitucional de salário (art. 195, I, "a" da CF/88), a capacidade contributiva (art. 145, §1º da CF/88) e as regras sobre incidência e base de cálculo das contribuições.

O argumento da empresa foi acolhido pelo STJ?

NÃO.

De acordo com o art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991, a contribuição previdenciária do empregador incide sobre "o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive gorjetas, ganhos habituais sob a forma de utilidades e adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei, do contrato, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa".

Por sua vez, o art. 28, I, da mesma lei define o salário de contribuição (devido pelo empregado e pelo trabalhador avulso) como "a remuneração auferida em uma ou mais empresas, compreendendo a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, inclusive gorjetas, ganhos habituais sob a forma de utilidades e adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, conforme a lei, o contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa".

O art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/1991, trata das parcelas que devem ser excluídas do salário de contribuição, sendo relevante destacar que a jurisprudência do STJ entende que as hipóteses legais são exemplificativas, admitindo exclusões adicionais desde que tenham natureza indenizatória.

Os valores descontados da folha de pagamento do trabalhador (como contribuição previdenciária, imposto de renda, vale-transporte, vale-refeição ou plano de assistência à saúde) são apenas uma técnica de antecipação da arrecadação, sem interferir no conceito de salário. Se considerarmos uma situação hipotética em que esses descontos não fossem feitos na folha de pagamento, o salário bruto do trabalhador permaneceria o mesmo. Nesse caso, o empregado teria que pagar os mesmos valores posteriormente, sem que houvesse impacto na base de cálculo das contribuições devidas pela empresa ao Seguro Social, SAT e a terceiros.

Esse entendimento foi bem resumido no voto da Ministra Assusete Magalhães, no julgamento do REsp 1.902.565/PR (DJe 7.4.2021), onde afirmou que “embora o crédito da remuneração e a retenção da contribuição previdenciária possam ocorrer simultaneamente, no plano jurídico as incidências são distintas. Como o valor retido decorre da remuneração do empregado, mantém-se a sua natureza remuneratória, razão pela qual também integra a base de cálculo da cota patronal”.

Diante disso, a tese firmada é a seguinte:

As parcelas relativas ao vale-transporte, vale-refeição/alimentação, plano de assistência à saúde (auxílio-saúde, odontológico e farmácia), ao Imposto de Renda retido na fonte (IRRF) dos empregados e à contribuição previdenciária dos empregados, descontadas na folha de pagamento do trabalhador, constituem simples técnica de arrecadação ou de garantia para recebimento do credor, e não modificam o conceito de salário ou de salário contribuição, e, portanto, não modificam a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, do SAT e da contribuição de terceiros.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.005.029-SC, 2.027.413-PR, 2.027.411-PR, 2.005.289-SC, 2.005.087-PR, 2.023.016-RS e 2.005.567-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1174) (Info 821).

OUTROS TEMAS

Para efeito de adequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da CF/88 aos tetos das ECs 20/98 e 41/02, no cálculo devem ser aplicados os limitadores vigentes à época de sua concessão - menor e maior valor teto

ODS 16

Para efeito de adequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal aos tetos das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, no cálculo devem-se aplicar os limitadores vigentes à época de sua concessão (menor e maior valor teto), utilizando-se o teto do salário de contribuição estabelecido em cada uma das emendas constitucionais como maior valor teto, e o equivalente à metade daquele salário de contribuição como menor valor teto.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.957.733-RS e REsp 1.958.465-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgados em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1140) (Info 821).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João recebe aposentadoria por tempo de contribuição desde 02/06/1979 (DIB).

Ele ingressou com ação pedindo a revisão da aposentadoria mediante aplicação dos novos tetos previdenciários previstos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

O Juiz Federal julgou o pedido procedente para condenar o INSS a revisar a renda mensal do benefício previdenciário do autor mediante a aplicação dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o que, em tese, aumentaria o valor do benefício recebido.

O Tribunal Regional Federal manteve a sentença.

Houve o trânsito em julgado.

Cumprimento de sentença

João deu início ao cumprimento de sentença cobrando as parcelas atrasadas.

Segundo argumentou o autor, com a revisão deferida, o valor da aposentadoria teria aumentado e, por conta disso, o INSS estaria devendo a quantia de R\$332.648,41 de parcelas pretéritas.

Impugnação

O INSS não concordou e impugnou o valor executado afirmando que nada seria devido.

A autarquia alegou, inicialmente, que, no direito previdenciário, a lei aplicável é aquela vigente na data da concessão do benefício, ou seja, no momento em que os requisitos foram cumpridos, caso o benefício tenha sido concedido com base em direito adquirido em data anterior.

No caso em questão, trata-se de um benefício com início em 02/06/1979 sendo regido, portanto, pelo Decreto 83.080/1979, que em seu art. 40, define como deve ser calculada a renda.

Assim, a aplicação dos novos tetos, reconhecida na sentença, não faz uma revisão do ato de concessão (por isso, não está sujeita à decadência), mas apenas permite que o valor do benefício se ajuste às elevações extraordinárias do teto, resultantes das Emendas Constitucionais 20 e 41.

Foi explicado que o STF decidiu apenas que o teto não é um fator fixo no benefício: ele pode e deve ser substituído a cada elevação. Quando o aumento do teto é maior que o reajuste do benefício, isso pode gerar um aumento da renda superior ao reajuste, dependendo de quanto estava “preso” pelo teto anterior.

Assim, para manter o regime jurídico dos benefícios, no caso de concessões antes da CF/88, o correto seria:

- 1) atualizar o salário-de-benefício total sem limitações; e
- 2) nas datas das Emendas Constitucionais, voltar a aplicar os critérios de cálculo conforme os parâmetros originais da legislação e o novo teto.

Em resumo, de acordo com a decisão do STF, o único elemento variável no cálculo da renda do benefício é o teto, considerado um fator “externo”. Por isso, a regra de cálculo original e os demais fatores (os “internos”) não podem ser alterados pelos aumentos do teto (pois eles não afetam nada além do teto). Caso contrário, haveria decadência por modificar a forma de cálculo original.

Dessa maneira, apenas os valores referentes ao menor e ao maior valor-teto devem ser novos, resultantes das Emendas.

Assim, preserva-se tanto (a) o poder aquisitivo das contribuições do período de cálculo, que se beneficia dos novos tetos, quanto (b) a fórmula original de cálculo, respeitando a legislação vigente à época da concessão.

Com esses argumentos, o INSS afirmou que, “constatada a limitação do salário-de-benefício ao maior valor-teto na concessão, o cálculo dos valores devidos ao segurado, no caso de benefícios concedidos antes da CRFB/1988, deve seguir a sistemática dos dois limitadores, prevista na legislação da época da concessão”.

A discussão chegou até o STJ. O Tribunal concordou com os argumentos do INSS?

SIM.

Quando as emendas constitucionais mudam o teto dos benefícios previdenciários (como as Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003), esses novos tetos passam a valer imediatamente. Isso significa que, se um segurado estava recebendo um benefício limitado ao teto anterior, ele pode ter direito a aumentar o valor do benefício com base no novo teto, sem precisar esperar por uma nova concessão.

O direito do segurado à adequação dos tetos da Previdência Social, estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, aos benefícios previdenciários em manutenção foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 564.354/SE (Tema 76 do STF):

Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

STF. Plenário. RE 564354, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08-09-2010 (Repercussão Geral – Tema 76).

Nesse julgamento, o STF afirmou que o teto da Previdência Social é um elemento externo ao cálculo do benefício, de modo que a aplicação dos novos tetos introduzidos pelas emendas constitucionais aos benefícios anteriores não exige o refazimento do ato administrativo que fixou a Renda Mensal Inicial (RMI), pois esse ato já foi consolidado como um ato jurídico perfeito.

Assim, para aplicar os novos tetos, não é necessário recalcular a Renda Mensal Inicial do benefício. O que se faz é apenas ajustar o valor pago, respeitando o novo teto sem mexer no cálculo original feito na concessão.

Se, no momento da concessão, o valor do Salário de Benefício (a média dos salários do segurado) era maior que o teto e foi limitado, o excedente que ficou “de fora” pode ser aproveitado quando os tetos forem aumentados pelas emendas constitucionais. Ou seja, o segurado não perde o direito ao valor acima do teto, ele apenas não recebe imediatamente e vai poder recuperá-lo quando o teto subir.

De acordo com a legislação vigente à época da concessão do benefício, o cálculo dos benefícios previdenciários utilizava dois limitadores - o menor valor teto (mvt) e o maior valor teto (Mvt).

O menor e o maior valor teto, assim como os coeficientes de cálculo, embora fossem elementos externos ao salário de benefício, faziam parte do cálculo original. Portanto, esses elementos não podem ser ignorados no momento da readequação aos novos tetos trazidos pelas ECs n. 20/1998 e 41/2003, sob pena de modificar a metodologia de cálculo da RMI. Isso violaria o entendimento do STF no julgamento do Tema 76, que determinou a preservação do cálculo original.

Como aplicar os novos tetos constitucionais a esses benefícios antigos sem violar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido?

Como vimos acima, no julgamento do RE 564.354/SE (Tema 76), o STF decidiu que os novos tetos poderiam ser aplicados sem ofender o ato jurídico perfeito.

O STJ entendeu que, para respeitar a decisão do STF:

- A fórmula de cálculo original do benefício deve ser mantida;
- Os limitadores (mvt e Mvt) devem ser preservados, mas atualizados;
- O Mvt deve ser equivalente ao novo teto constitucional;
- O mvt deve ser mantido como 50% (metade) do Mvt.

Como deverá ser a metodologia de cálculo:

- Atualizar o salário de benefício original;
- Aplicar os limitadores atualizados (mvt e Mvt);
- Manter a estrutura de cálculo prevista na lei vigente à época da concessão do benefício.

Adotar uma interpretação que exclua o maior e o menor valor teto do cálculo seria equivalente a aplicar as regras da Lei nº 8.213/1991 a um benefício que foi concedido sob uma legislação anterior, o que contraria o disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/1991, uma vez que, nesse caso, haveria a incidência da decadência. Além disso, tal interpretação violaria o princípio "tempus regit actum", que rege a concessão dos benefícios previdenciários, conforme entendimento consolidado na Súmula 340 do STJ e na Súmula 359 do STF.

Em suma:

Para efeito de adequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal aos tetos das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, no cálculo devem-se aplicar os limitadores

vigentes à época de sua concessão (menor e maior valor teto), utilizando-se o teto do salário de contribuição estabelecido em cada uma das emendas constitucionais como maior valor teto, e o equivalente à metade daquele salário de contribuição como menor valor teto.

STJ. 1ª Seção. REspS 1.957.733-RS e 1.958.465-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 14/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1140) (Info 821).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) São ilegais as disposições da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 96/2008 que, contrariando regramentos plasmados em lei federal, especialmente a Lei nº 9.294/1996, impõem obrigações e condicionantes às peças publicitárias de medicamentos. ()
- 2) De acordo com a 4ª Turma do STJ, a ausência de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada não acarreta sua estabilização se a parte se opôs a ela mediante contestação. ()
- 3) O depósito prévio deve ser revertido em favor do réu quando a ação rescisória é extinta sem julgamento de mérito, sem exceção. ()
- 4) A extinção do cumprimento de sentença coletivo proposto pelo legitimado extraordinário, por prescrição intercorrente, não impede a execução individual do mesmo título. ()
- 5) É possível a celebração de acordo de não persecução penal nos crimes raciais, o que inclui as condutas resultantes de atos homofóbicos. ()
- 6) É legítima a prova encontrada no lixo descartado na rua por pessoa apontada como integrante de grupo criminoso sob investigação e recolhido pela polícia sem autorização judicial, sem que isso configure pesca probatória (fishing expedition) ou violação da intimidade. ()
- 7) A decisão que concede progressão é declaratória; a data-base para a concessão da progressão subsequente é data em que o último requisito é cumprido, seja ele objetivo ou subjetivo. ()
- 8) Não incide Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre a transferência de fundos de investimentos por sucessão causa mortis quando, sem pleitear resgate, os herdeiros formulam apenas requerimento de transmissão das quotas, a fim de continuar na relação iniciada pelo de cujus com a administradora, com opção pela manutenção dos valores declarados na última Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF) apresentada pelo falecido. ()
- 9) Na sistemática da substituição tributária para frente, em que o contribuinte substituído revende a mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida para o recolhimento do tributo, é aplicável a condição prevista no art. 166 do CTN. ()
- 10) As parcelas relativas ao vale-transporte, vale-refeição/alimentação, plano de assistência à saúde (auxílio-saúde, odontológico e farmácia), ao Imposto de Renda retido na fonte (IRRF) dos empregados e à contribuição previdenciária dos empregados, descontadas na folha de pagamento do trabalhador, constituem simples técnica de arrecadação ou de garantia para recebimento do credor, e não modificam o conceito de salário ou de salário contribuição, e, portanto, não modificam a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, do SAT e da contribuição de terceiros. ()
- 11) Para efeito de adequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da CF/88 aos tetos das ECs 20/98 e 41/02, no cálculo devem ser aplicados os limitadores vigentes à época de sua concessão - menor e maior valor teto. ()

Gabarito

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