

# **Informativo comentado: Informativo 799-STJ**

Márcio André Lopes Cavalcante

## **ÍNDICE**

### **DIREITO CONSTITUCIONAL**

#### **DEFENSORIA PÚBLICA**

- *Foi formada uma lista tríplice para promoção por merecimento; o Defensor Público-Geral escolheu o mais antigo da lista, mesmo ele não sendo o mais votado; esse critério de escolha não é ilegal.*

### **DIREITO ADMINISTRATIVO**

#### **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

- *Súmula 665-STJ.*

### **DIREITO CIVIL**

#### **CONDOMÍNIO**

- *É de 10 anos o prazo prescricional aplicável à pretensão de reembolso de despesas efetuadas por condômino com a manutenção da coisa em estado de indivisão.*

#### **RESPONSABILIDADE CIVIL**

- *A imprescritibilidade não se aplica às ações em que se pretende a responsabilização direta do agente público que praticou ato de tortura durante o regime militar.*

#### **LGPD E MARCO CIVIL DA INTERNET (MCI)**

- *A B3 (Bolsa de Valores), ao disponibilizar uma plataforma virtual para os investidores acompanharem seus investimentos, está sujeito às normas da LGPD e do Marco Civil da Internet; além disso, fornece um serviço que é regido pelo CDC*

### **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

#### **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

- *No caso concreto não havia valor da condenação nem proveito econômico; além disso, o valor da causa abrangia outras parcelas; diante desse cenário, correta a fixação dos honorários subsidiariamente por equidade.*

#### **EXECUÇÃO INVERTIDA**

- *A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar a execução invertida no procedimento comum.*

### **DIREITO PENAL**

#### **ROUBO**

- *Se o agente utiliza simulacro de arma de fogo para subtrair os bens, ele comete roubo porque o simulacro já é suficiente para configurar grave ameaça; como houve grave ameaça não é possível substituição por restritiva de direitos já que existe vedação no art. 44, I, do CP.*

#### **TORTURA**

- Se o pai submete sua filha adolescente a intenso sofrimento físico, com emprego de violência, como forma de lhe aplicar castigo pessoal, ele pratica a tortura do art. 1º, II, da Lei 9.455/97, com a agravante do art. 61, II, e, do CP; não há bis in idem na aplicação da agravante.

#### CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

- Se o réu explora ouro, sem autorização legal, ele pratica o crime do art. 2º, da Lei 8.176/91, mesmo que essa exploração estivesse ocorrendo em imóvel de propriedade particular ou em zona rural municipal; mesmo estando em propriedade privada, o minério é da União.

#### DIREITO PROCESSUAL PENAL

##### TRIBUNAL DO JÚRI

- Não é possível a pronúncia do acusado baseada exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos probatórios colhidos no inquérito sem confirmação na fase judicial.

#### DIREITO TRIBUTÁRIO

##### ICMS

- O entendimento firmado no Tema 69/STF também se aplica para o ICMS-ST

## DIREITO CONSTITUCIONAL

### DEFENSORIA PÚBLICA

Foi formada uma lista tríple para promoção por merecimento; o Defensor Público-Geral escolheu o mais antigo da lista, mesmo ele não sendo o mais votado; esse critério de escolha não é ilegal

ODS 8 E 16

**Caso hipotético: a Defensoria Pública lançou edital de promoção por merecimento. O Conselho Superior escolheu três nomes: Regina (mais votada), seguida de Pedro e Camila.**

**A Defensora Pública-Geral escolheu Pedro para ser promovido. Ela declarou que o escolheu pelo fato de ele ser mais antigo na carreira do que as outras duas candidatas.**

**Regina não concordou e impetrou mandado de segurança alegando que houve um desvirtuamento da promoção por merecimento.**

**O STJ não concordou com os argumentos da impetrante.**

**A antiguidade pode ser utilizada como critério para escolha de um dos candidatos que integram a lista tríple de promoção por merecimento da Defensoria Pública Estadual.**

**O critério escolhido pela administração não implicou nenhuma violação aos princípios da impessoalidade e moralidade, mas o contrário, pois, se a lei permitia a escolha de qualquer um dos três candidatos da lista tríple sem a necessidade de motivação expressa da opção, é claramente legítima a escolha quando pautada por critério dos mais objetivos e impessoais possível, qual seja, utilizando a antiguidade como desempate.**

**STJ. 1ª Turma. RMS 64.809-CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 12/12/2023 (Info 799).**

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

A Defensoria Pública-Geral do Estado do Ceará lançou edital de promoção, pelo critério de merecimento, para o cargo de Defensor Público de Segundo Grau de Jurisdição (membro da Defensoria Pública que atua no Tribunal de Justiça).

Vários Defensores Públicos se inscreveram.

O Conselho Superior da Defensoria Pública se reuniu e escolheu três nomes, ou seja, formou uma lista tríple com base no art. 50 da Lei Complementar do Estado do Ceará nº 6/97 (Lei Orgânica da

Defensoria Pública do Estado do Ceará):

Art. 50. A lista de merecimento resultará dos três nomes mais votados pelo Conselho Superior, desde que obtida a maioria de votos, procedendo-se para alcançá-la a tantas votações quantas necessárias, vedado o voto de qualidade.

Os três nomes escolhidos foram: Regina (mais votada), seguida de Pedro e Camila.

O Conselho Superior encaminhou essa lista tríplice para a escolha da Defensora Pública-Geral, conforme determinam os arts. 52 e 53 da LC estadual nº 6/97:

Art. 52. O Conselho Superior da Defensoria Pública ao encaminhar ao Defensor Público-Geral a lista de promoção por merecimento, comunicar-lhe-á a ordem dos escrutínios, o número de votos obtidos e quantas vezes os indicados entraram em listas anteriores.

Art. 53. Cabe ao Defensor Público-Geral promover um dos indicados em lista no prazo de quinze dias úteis, a contar do recebimento do respectivo expediente.

A Defensora Pública-Geral escolheu Pedro para ser promovido. Ela declarou que o escolheu pelo fato de ele ser mais antigo na carreira do que Regina e Camila.

Regina não concordou e impetrou mandado de segurança contra o ato praticado pela Defensora Pública-Geral do Estado.

Alegou que a escolha de Pedro foi ilegal, abusiva e arbitrária, pois o edital estabelecia a promoção por merecimento, não por antiguidade. Logo, utilizar-se do argumento relacionado com a antiguidade significaria deturpar o critério da promoção.

O Tribunal de Justiça denegou a segurança argumentando que a escolha era discricionária e que o fato de a autoridade ter declinado que estava escolhendo o mais antigo da lista não torna a decisão ilegal.

Regina interpôs recurso ordinário insistindo no argumento de que, na promoção por merecimento, não se pode utilizar como critério para a escolha a antiguidade na carreira.

### ***O STJ acolheu os argumentos da impetrante?***

NÃO.

Conforme já explicado, tratava-se de uma lista tríplice, ou seja, havia três nomes possíveis de serem escolhidos. Isso significa que havia ampla liberdade do administrador para a escolha de qualquer uma das indicações ali previstas. Logo, a opção pelo candidato de maior antiguidade é absolutamente legítima.

Isso se torna ainda mais evidente se for analisado o art. 53 da Lei Complementar do Estado do Ceará nº 6/97 que prevê:

Art. 53. Cabe ao Defensor Público-Geral promover um dos indicados em lista no prazo de quinze dias úteis, a contar do recebimento do respectivo expediente.

Esse dispositivo confere ampla margem de discricionariedade para que o chefe da Defensoria Pública escolha “um dos indicados na lista”, e não o primeiro indicado da lista, como pretende a impetrante.

Não prospera a tese da autora de que a escolha do candidato mais antigo da lista de merecimento transformaria a promoção em por antiguidade, ao invés de merecimento, porque a lista tríplice não é necessariamente formada pelos candidatos mais antigos, mas sim por aqueles que reuniram os critérios objetivos para serem qualificados pelo merecimento, evidenciando, portanto, que prevalece este último critério na seleção dos concorrentes, e não a antiguidade.

Assim, o critério de desempate escolhido pela administração não implicou nenhuma violação aos princípios da impessoalidade e moralidade, mas o contrário, pois, se a lei permitia a escolha de qualquer um dos três candidatos da lista tríplice sem a necessidade de motivação expressa da opção, é

claramente legítima a escolha quando pautada por critério dos mais objetivos e impessoais possível, qual seja, utilizando a antiguidade como desempate.

**Em suma:**

**A antiguidade pode ser utilizada como critério para escolha de um dos candidatos que integram a lista tríplice de promoção por merecimento da Defensoria Pública Estadual.**

STJ. 1ª Turma. RMS 64.809-CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 12/12/2023 (Info 799).

## **DIREITO ADMINISTRATIVO**

### **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

#### **Súmula 665-STJ**

ODS 8 E 16

**Súmula 665-STJ: O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.**

STJ. 1ª Seção. Aprovada em 13/12/2023 (Info 799).

***É possível que o Poder Judiciário faça o controle da regularidade formal do PAD?***

SIM, sem dúvida. Cabe ao Poder Judiciário aferir a regularidade procedimental do Processo Administrativo Disciplinar, bem como a legalidade da penalidade imposta (AgRg no RMS 21.910/PA, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada d TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 06/08/2013).

***É possível que o Poder Judiciário, no julgamento de mandado de segurança, adentre ao mérito administrativo?***

Em regra: NÃO.

Exceções: será possível que o Poder Judiciário faça o controle do mérito administrativo da decisão proferida no PAD se houver flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade na sanção aplicada.

***Exemplo 1:***

A Corregedoria da Polícia Civil do Estado de Pernambuco instaurou processo administrativo disciplinar (PAD) em desfavor de João, Agente da Polícia Civil, acusado de ter participado, juntamente com outras pessoas, de um esquema de cobrança de dívidas de forma ilegal.

A autoridade administrativa concluiu que os fatos imputados contra o servidor foram provados no PAD, tendo ele cometido a conduta descrita no art. 31, VIII, da Lei estadual 6.425/72 ("Praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a dignidade da função policial"), sancionada, segundo o art. 49 da mesma norma, com a penalidade de demissão.

Em razão disso, João foi demitido ao final do PAD.

O ex-servidor impetrou mandado de segurança no qual pretendeu rever o mérito da decisão administrativa.

É possível que o Poder Judiciário reveja as conclusões da autoridade administrativa no PAD? Não.

Não há como rever essas conclusões, uma vez que, em regra, o controle jurisdicional do PAD restringe-se

ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

É proibido que o Poder Judiciário faça incursões no mérito administrativo, sendo proibida a análise e valoração das provas constantes no PAD.

No caso concreto, não se verifica flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade na sanção aplicada, a justificar a intervenção excepcional do Poder Judiciário.

STJ. 2ª Turma. AgInt no RMS n. 70.896/PE, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 21/8/2023.

**Exemplo 2:**

A Procuradoria-Geral Federal iniciou PAD para apurar a conduta de Procurador Federal acusado de receber verbas ilegais e de aprovar um parecer que contrariava decisão do Tribunal de Contas da União (TCU).

A autoridade administrativa concluiu que o servidor praticou a infração imputada e que ele deveria receber a sanção administrativa.

Inconformado, o servidor impetrou mandado de segurança alegando, dentre outros argumentos, que:

- i) ele não efetivou repasses de verbas por não ter atribuições de gestão financeira, nem ser o responsável pelos pagamentos realizados por outros órgãos, em observância ao princípio da segregação de funções;
- ii) não ficou comprovado que ele tenha agido com dolo ou culpa; e
- iii) a pena foi aplicada sem considerar que o TCU não concluiu ter havido ilegalidade ou dano ao erário.

O STJ decidiu que:

- não é possível ao Poder Judiciário analisar as alegações formuladas pelo impetrante;
- o mandado de segurança não constitui a via adequada para o exame da suficiência do conjunto fático-probatório constante do PAD, a fim de verificar se o Impetrante praticou ou não os atos que foram a ele imputados e que serviram de base para a imposição de penalidade administrativa;
- o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar;
- tendo sido observado o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal não há que se falar em revisão da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, pois importaria adentrar ao mérito administrativo, o que é vedado no controle jurisdicional das decisões proferidas no âmbito de Processo Administrativo Disciplinar.

STJ. 1ª Seção. AgInt nos EDcl no MS 29.028/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/6/2023.

No mesmo sentido:

Não se pode, em princípio, em Mandado de Segurança, rever o acerto ou desacerto da decisão tomada em processo administrativo disciplinar que observou os princípios do contraditório e da ampla defesa.

STJ. 1ª Seção. MS 20.908/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 06/10/2017.

O controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.048.922/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 4/9/2023.

Jurisprudência em Teses (Ed. 154):

Tese 1: O controle judicial no processo administrativo disciplinar PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo.

Para tornar mais eficiente a observância dos precedentes, o STJ decidiu transformar em súmula esse entendimento consolidado:

**Súmula 665-STJ: O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 13/12/2023 (Info 799).**

## DIREITO CIVIL

### CONDOMÍNIO

**É de 10 anos o prazo prescricional aplicável à pretensão de reembolso de despesas efetuadas por condômino com a manutenção da coisa em estado de indivisão**

ODS 16

**Situação hipotética:** Carlos, Ana e João herdaram um apartamento. Em 2016, Carlos ajuizou ação alegando que pagou R\$ 60 mil entre 2008 e 2012 com a manutenção do apartamento. Assim, o autor pediu que Ana e João o reembolsassem, dividindo o custo proporcionalmente entre os três (R\$ 20 mil para cada). Ana e João apresentaram resposta argumentando que o prazo para a pretensão de Carlos era de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, e que, portanto, teria havido a prescrição.

**O argumento de Ana e João não foi aceito pelo STJ.**

**O prazo prescricional aplicável à pretensão de reembolso de despesas efetuadas por condômino com a manutenção da coisa em estado de indivisão é decenal pelo Código Civil de 2002 (art. 205) e vintenário pelo Código Civil de 1916 (art. 177).**

STJ. 4ª Turma. REsp 2.004.822-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 29/11/2023 (Info 799).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

Carlos, Ana e João herdaram um apartamento.

Ana e João querem vender o apartamento, mas Carlos disse que não. Explicou que gosta do apartamento, mas não tem dinheiro para comprar a parte dos demais coproprietários. Logo, prefere manter a coisa (apartamento) em estado de indivisão.

Diante desse cenário, Ana e João ajuizou ação de extinção de condomínio em face de Carlos. Requereram que o condomínio existente entre eles fosse extinto.

Em 2016, Carlos apresentou pedido reconvenicional (reconvenção). Alegou que pagou R\$ 60 mil entre 2008 e 2012 por conta de gastos com a manutenção do apartamento. Assim, Carlos pediu que Ana e João o reembolsassem, dividindo o custo proporcionalmente entre os três (R\$ 20 mil para cada).

Ana e João apresentaram resposta à reconvenção, argumentando que o prazo para a pretensão de Carlos era de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, e que, portanto, está prescrita:

Art. 206 (...)

§ 3º Em três anos:

(...)

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

***O argumento de Ana e João é acolhido pelo STJ? O prazo prescricional, neste caso, é de 3 anos?***

NÃO.

O prazo prescricional aplicável à pretensão de reembolso de despesas efetuadas por coproprietário (condômino) com a manutenção da coisa em estado de indivisão é de:

- 10 anos, no Código Civil de 2002;
- 20 anos, no Código Civil de 1916.

Vamos entender com calma.

No Direito Civil, há quatro tipos de condomínios:

ESPÉCIES DE CONDOMÍNIO			
Voluntário	Necessário	Edifício e de lote	Multipropriedade
Art. 1.314 e seguintes do CC.	Art. 1.327 e seguintes do CC.	Regulamentado pelo CC e pela Lei 4.591/64.	Art. 1.358-B e seguintes do CC.
Ocorre quando duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel de forma espontânea.	Está diretamente relacionado ao direito de vizinhança, por dizer respeito a bens que separam propriedades e são de uso comum, como paredes, cercas, muros.	Edificação que possui partes de propriedade exclusiva/particular - que só pode ser usufruída pelo proprietário - e partes de propriedade comum. A instituição do condomínio edifício e de lotes se dá por documento registrado no Registro de Imóveis.	Cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada. Pode ser instituída por ato entre vivos ou testamento.

O caso concreto se amolda ao condomínio voluntário. Nessa modalidade, cada consorte é proprietário de uma fração ideal do todo, pois os condôminos são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes. Todos os condôminos possuem os mesmos poderes de usar, gozar, dispor e reaver, independentemente da fração ideal de cada um, bem como, os mesmos deveres, de manter a integridade do bem, pagar os impostos e taxas que sobre ele recaem, entre outros aspectos.

***O pedido de Carlos não se amolda à pretensão de enriquecimento sem causa ou de responsabilidade extracontratual***

Aqui, não há como cogitar em enriquecimento sem causa ou em responsabilidade extracontratual, uma vez que as obrigações e direitos inerentes ao condomínio estabelecido entre os detentores de uma fração ideal, ainda que não especificada, são de ordem pessoal.

Para que se possa aventar a ocorrência de prescrição de pretensão fundada em enriquecimento sem causa, é imprescindível verificar o enriquecimento de alguém, o empobrecimento correspondente de outrem, a existência de relação de causalidade entre ambos, a ausência de causa jurídica e a inexistência de ação específica.

A pretensão do condômino de reembolso de despesas efetuadas com a manutenção da coisa comum tem causa jurídica certa, um vez que decorre da relação contratual (ainda que verbal ou presumida) existente entre os coproprietários daquele bem em estado de indivisão. A causa jurídica é oriunda da



própria relação que os condôminos tem entre si e da sua obrigação para com a coisa.

Nesse sentido, há causa jurídica, por força da expressa dicção do art. 1.315 do Código Civil, o qual estabelece que o:

Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

O condômino somente pode eximir-se do pagamento das despesas e dívidas se renunciar à sua parte ideal, conforme dispõe o art. 1.316:

Art. 1.316. Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal.

Assim, tendo em vista que, no caso, a pretensão do reconvinte é de reembolso de valores com os quais arcou - sozinho - para a manutenção e conservação da coisa comum, é imprescindível a aplicação, na hipótese, do prazo geral estabelecido no ordenamento civil:

- 20 anos pelo Código Civil de 1916:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

- 10 anos pelo Código Civil de 2002:

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Isso porque essa pretensão não se amolda em nenhuma das hipóteses legais específicas.

#### **Em suma:**

**O prazo prescricional aplicável à pretensão de reembolso de despesas efetuadas por condômino com a manutenção da coisa em estado de indivisão é decenal pelo Código Civil de 2002 (art. 205) e vintenário pelo Código Civil de 1916 (art. 177).**

STJ. 4ª Turma. REsp 2.004.822-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 29/11/2023 (Info 799).

## RESPONSABILIDADE CIVIL

**A imprescritibilidade não se aplica às ações em que se pretende a responsabilização direta do agente público que praticou ato de tortura durante o regime militar**

### **Importante!!!**

ODS 16

**Por conta de razões políticas, em 1969, João foi vítima de tortura durante o regime militar, praticado pelo Sargento do Exército Antônio.**

**Em 2010, João ajuizou ação de indenização contra a União pedindo a reparação pelos danos morais e materiais que sofreu durante o período.**

**Essa pretensão está prescrita? Depende:**

**1) Se a ação for ajuizada contra a União: NÃO. Neste caso, a pretensão é imprescritível (Súmula 647-STJ).**

**2) Se a ação for ajuizada contra Antônio: SIM. Neste caso, a pretensão não é imprescritível (não se aplica a Súmula 647-STJ).**



STJ. 4ª Turma. REsp 2.054.390-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/11/2023 (Info 799).

A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA CONTRA A UNIÃO POR DANOS DECORRENTES DE TORTURA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR É IMPRESCRITÍVEL (SÚMULA 647-STJ)

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

João foi vítima de intensa perseguição política praticada pelo governo federal durante a época do regime militar instalado no Brasil em 1964.

Ele sofreu prejuízos econômicos em razão dessas perseguições, além de ter sido torturado.

Esses fatos ocorreram em 1969.

Em 2001, João ajuizou ação de indenização **contra a União** pedindo a reparação pelos danos morais e materiais que sofreu durante o período.

A União alegou que a pretensão estaria prescrita, considerando que as ações contra o Poder Público devem ser propostas dentro do prazo de 5 anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932.

**A pretensão encontra-se prescrita?**

NÃO.

As ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, ocorridas durante o regime militar, são imprescritíveis.

Para esses casos, não se aplica o prazo prescricional de 5 anos previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Tais demandas são imprescritíveis porque se referem a um período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, tendo havido incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, especialmente do direito à dignidade da pessoa humana (STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 1391062/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 09/08/2011).

Nessa época, as vítimas não tinham a plena liberdade para exercer suas pretensões, razão pela qual não há que se falar em prescrição.

O STJ editou uma súmula espelhando essa conclusão:

Súmula 647-STJ: São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar.

A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA CONTRA O AGENTE PÚBLICO TORTURADOR ESTÁ SUJEITA A PRAZO PRESCRICIONAL

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

Pedro foi jornalista entre os anos de 1968 e 1971 (ditadura militar) e era integrante do Partido Operário Comunista.

Em 15/07/1971, Pedro foi levado à força por agentes do DOI-CODI (Destacamento de Operações e Informações – Centro de Operações de Defesa Interna), órgão subordinado ao Exército.

A família de Pedro não teve notícias dele até que, quatro dias depois, soube de seu falecimento.

Posteriormente, foi constatado que Pedro foi torturado por Antônio (comandante do DOI-CODI) e seus subordinados, durante vinte e quatro horas, no “pau-de-arara”, tendo morrido em razão dos ferimentos. A Lei nº 6.683/79 anistiou todos os que cometeram crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

Em 2010, Francisca, companheira de Pedro, ajuizou ação de indenização por danos morais contra Antônio.

Na petição inicial, defendeu a imprescritibilidade da pretensão.

Em contestação, o réu alegou, dentre outros argumentos, a ocorrência da prescrição.

**O que decidiu o STJ? Essa pretensão é imprescritível?**

NÃO.

Em decorrência da natureza abjeta, repugnante e revoltante dos atos de tortura praticados por razões políticas, foi editada a Súmula nº 647/STJ: São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar.

Vale ressaltar, contudo, que a imprescritibilidade não se aplica às ações em que se pretende a responsabilização direta do agente público que praticou o ato de tortura. Não se pode dizer que essa pretensão seja imprescritível porque isso ensejaria a perpetuidade dos conflitos entre indivíduos, recaindo as condenações sobre os herdeiros do causador do dano nos limites das forças da herança. Ademais, decidir pela imprescritibilidade seria ignorar a luta histórica pela conquista da anistia e a redemocratização do País e desprezar os princípios de reconciliação e de pacificação nacional, expressamente previstos nos art. 2º da Lei nº 9.140/95, e art. 1º da Lei nº 12.528/2011:

Art. 2º A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia.

Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

A interpretação de que essa pretensão seria imprescritível contraria a essência de todo o processo histórico que culminou com a edição da Lei nº 6.683/79, sem a qual possivelmente não teria havido na época a transição pacífica para a democracia, nem a Constituição de 1988 e muito menos as leis posteriores, nas quais o Poder Público reconheceu a prática dos gravíssimos atos praticados por seus agentes e assumiu a responsabilidade pelo pagamento das indenizações ao atingido ou seus familiares.

A pretendida imprescritibilidade de pretensões condenatórias, no âmbito do direito privado, atua contra a paz social, ensejando exatamente o efeito inverso ao que visou a Lei da Anistia.

Nesse sentido, o STF, ao julgar sob o rito da repercussão geral o RE 669.069MG (Tema 666), assentou que a regra constitucional de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento da Fazenda em face de qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5º, da CF/88) não se aplica à reparação de danos decorrente de ilícito civil.

#### **Em suma:**

**A imprescritibilidade não se aplica às ações em que se pretende a responsabilização direta do agente público que praticou ato de tortura durante o regime militar.**

STJ. 4ª Turma. REsp 2.054.390-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/11/2023 (Info 799).

#### **Voltando ao caso concreto:**

A ação foi ajuizada no dia 23/8/2010, mais de 22 anos depois da Constituição.

O art. 8º do ADCT concedeu anistia, com os direitos dela decorrentes, aos prejudicados por atos de exceção e de perseguição política, como foi o caso de Pedro. Logo, não havia obstáculo algum que impedisse a viúva de ter ingressado com a ação logo após a promulgação da CF/88.

#### **DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES**

No caso concreto, a autora buscava uma sentença condenatória.

Se a pretensão fosse meramente declaratória, não haveria que se falar em prescrição, conforme já decidiu o próprio STJ:

(...) 2. Prescrição: Inocorrência de prescrição de pretensão meramente declaratória da existência de atos ilícitos e de relação jurídica de responsabilidade do réu por danos morais decorrentes da prática de tortura. Conforme a jurisprudência do STJ, mesmo as pretensões reparatórias por violações a direitos humanos, como as decorrentes de tortura, não se revelam prescritíveis. Com maior razão, é imprescritível a pretensão meramente declaratória nesses casos.

3. Legitimidade e interesse na apuração da verdade: Conjugação dos esforços estatal e individual na apuração dos graves fatos ocorridos, após 1964, no período do regime militar brasileiro. Nesse desiderato comum de apuração da verdade, criaram-se a "Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos", mediante a Lei 9.140/1995, e a "Comissão da Verdade", com o objetivo de promover a busca de informações e instrumentos para elucidar as graves violações contra os direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira. A par dessa missão institucional assumida pela União, deve ser reconhecido também o direito individual daqueles que sofreram diretamente as arbitrariedades cometidas durante o regime militar de buscar a plena apuração dos fatos, com a declaração da existência de tortura e da responsabilidade daqueles que a perpetraram.

4. Lei da Anistia: O âmbito de incidência da regra do art. 1º da Lei 6.683/79 restringe-se aos crimes políticos ou (crimes) conexos com estes e aos crimes eleitorais. Obstada, pois, a persecução penal daqueles que cometeram crimes contra seus opositores ou pretensos opositores políticos. A interpretação da Lei de Anistia, porém, deve ficar restrita às hipóteses expressamente estabelecidas pelo legislador, não podendo o Poder Judiciário ampliar o espectro de alcance do ato anistiador a situações que sequer foram cogitadas no momento da edição da Lei 6.683/79.

STJ. 3ª Turma. REsp 1434498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/12/2014.

#### **LGPD E MARCO CIVIL DA INTERNET (MCI)**

**A B3 (Bolsa de Valores), ao disponibilizar uma plataforma virtual para os investidores acompanharem seus investimentos, está sujeito às normas da LGPD e do Marco Civil da Internet; além disso, fornece um serviço que é regido pelo CDC**

ODS 16

**Caso adaptado: João, empresário que investe no mercado de capitais através da B3 (Bolsa de Valores do Brasil), teve uma conta de investimentos aberta indevidamente em seu nome na corretora Nu Invest por terceiros. Embora não houvesse movimentações financeiras, os fraudadores conseguiram acessar a plataforma eletrônica de consulta de investimentos da B3, o Canal Eletrônico do Investidor (CEI), visualizando os investimentos de João em outras corretoras. Isso foi possível porque a B3 recebeu informações sobre a abertura desta conta fraudulenta e os fraudadores solicitaram uma nova senha para acessar o perfil de João.**

**Além disso, os dados cadastrais de João na B3 foram alterados, ficando vinculados a um e-mail e telefone não pertencentes a ele. João foi notificado pela B3 sobre a nova conta e a solicitação de senha, e ele imediatamente informou a corretora e a Bolsa de Valores sobre a fraude, não tendo autorizado a abertura da conta. A corretora cancelou a conta fraudulenta, mas a B3 não deu uma resposta satisfatória a João.**

**João ingressou com ação de obrigação de fazer cumulada contra a B3 pedindo que ela fosse condenada a: a) fornecer informações, registros de conexão e dados relacionados ao acesso não autorizado pelos terceiros; b) excluir os dados inseridos pelo fraudador no sistema. O autor fundamentou seu pedido no Código de Defesa do Consumidor, na LGPD e no Marco Civil da Internet.**

**CDC. Ao disponibilizar uma plataforma virtual para acesso direto, pessoal e exclusivo pelo investidor (Canal Eletrônico do Investidor), de caráter informativo a respeito de seus investimentos, a B3 fornece serviços diretamente para o consumo do investidor, estabelecendo com ele relação jurídica autônoma de consumo, regida pelo CDC.**

**LGPD. A B3, na condição de agente de tratamento de dados, tem a obrigação de excluir os dados cadastrais inseridos indevidamente por terceiros que obtiveram acesso não autorizado ao perfil do investidor em sua plataforma virtual.**

**Marco Civil da Internet. A B3 se enquadra no conceito de provedor de aplicação de internet, em razão da sua função de administrar e fornecer uma plataforma virtual de uso exclusivo dos investidores, que é acessada por dispositivos conectados à internet, incidindo, no âmbito dessa atividade, as normas previstas no Marco Civil da Internet.**

STJ. 3ª Turma. REsp 2.092.096-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/12/2023 (Info 799).

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

João é um empresário que faz investimentos no mercado de capitais por meio da Bolsa de Valores do Brasil, conhecida como B3. Ele utiliza a plataforma virtual da Bolsa.

Terceiros abriram uma conta de investimentos na corretora Nu Invest, em nome de João, de forma indevida e sem o seu consentimento. Não houve, contudo, movimentações financeiras.

Na sequência, os terceiros obtiveram acesso à plataforma eletrônica de consulta de investimentos gerenciada exclusivamente pela B3, então denominada de Canal Eletrônico do Investidor (CEI), por meio do qual os fraudadores puderam visualizar os investimentos mantidos por João em outras corretoras.

O referido acesso ocorreu em razão de a B3 ter recebido informações da corretora sobre a criação dessa nova conta de investimentos (fraudulenta), de forma que os terceiros conseguiram solicitar nova senha para fazer login no perfil do recorrido na plataforma da B3 (CEI).

Os fraudadores, ainda, alteraram os dados cadastrais no perfil de João, que permaneceu vinculada a e-mail e telefone que não são de sua titularidade.

Diante disso, João recebeu um e-mail da B3, informando que foi cadastrada nova conta de investimentos em seu nome, bem como que foi solicitada uma nova senha para o acesso de seu perfil.

João noticiou as ocorrências à corretora e à Bolsa de Valores informando que não havia solicitado nem autorizado a abertura da conta.

A corretora cancelou a conta aberta.

A B3 não deu uma resposta considerada satisfatória para João.

Diante disso, João formalizou, junto a B3, uma Requisição de Dados Pessoais, direito assegurado pelo art. 18, § 3º da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), a fim de descobrir quais dados pessoais haviam sido acessados de forma indevida pelo terceiro desconhecido:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

(...)

§ 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

Contudo, mais uma vez a Bolsa de Valores apresentou uma resposta padrão, que não atendeu aos interesses do João.

Esgotadas todas as tentativas de obter informações e solucionar o incidente pelas vias extrajudiciais, João ingressou com ação de obrigação de fazer cumulada contra a B3 S.A, BRASIL, BOLSA BALCÃO.

Argumentou que solicitou da B3 informações sobre quais foram os seus dados pessoais acessados, o que não foi fornecido pela ré.

Desse modo, João pediu que a B3 fosse condenada a:

- a) fornecer informações, registros de conexão e dados relacionados ao acesso não autorizado pelos terceiros;
- b) excluir os dados inseridos pelo fraudador no sistema.

O autor fundamentou seu pedido no Código de Defesa do Consumidor, na LGPD e no Marco Civil da Internet.

Em sede de contestação, a ré alegou que a Bolsa de Valores não atua diretamente com investidores, apenas com as corretoras mobiliárias, as quais são as responsáveis pelas informações prestadas e a abertura de contas, e, portanto, devem responder por eventual fraude.

Argumentou que não é responsável pela inclusão, atualização ou exclusão de dados, e que a falha de segurança não ocorreu na plataforma da B3, mas sim em ambiente da Corretora.

Alegou, ainda, que o CDC, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.964/2014), invocados pelo autor, não são aplicáveis à B3.

***O STJ concordou com os argumentos da B3?***

NÃO.

Antes de prosseguir, é importante fazer um esclarecimento.

O autor narrou, na sua petição inicial, duas situações fáticas:

- I) a ocorrência de fraude, mediante a criação indevida de conta de investimentos em nome do autor, sem o seu consentimento, na corretora Nu Invest; e
- II) a ocorrência de acesso não autorizado em seu perfil pessoal na plataforma virtual mantida pela B3 (Canal Eletrônico do Investidor), em razão do qual os fraudadores puderam visualizar todos os investimentos do autor.

A primeira situação aparentemente foi resolvida e não foi objeto de ação judicial.

O ajuizamento da ação contra a B3 decorreu em razão da segunda situação fática.

***É possível a aplicação do CDC no presente caso? Essa relação entre João e a B3 é disciplinada pelo CDC?***

SIM.

Inicialmente, devo esclarecer que, no âmbito das operações no mercado de capitais, não incide o CDC na relação jurídica entre o investidor titular das ações e a B3. Isso porque nas operações feitas no mercado de capitais, a Bolsa não oferece nenhum serviço diretamente ao investidor. A relação do investidor é com a corretora. A relação da Bolsa, por sua vez, também é com as corretoras.

Justamente por isso, o STJ entende que:

Não incide o CDC na relação jurídica existente entre o investidor titular das ações e a entidade de compensação e liquidação de operações na bolsa de valores.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.646.261/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 9/2/2023.

Repetindo para que não paire dúvidas: para operações realizadas na bolsa de valores, não incide o CDC, na medida em que, no âmbito dessas operações, não há relação direta de prestação de serviços entre a Bolsa e os investidores. Os investidores sempre atuam no mercado de capitais por meio das corretoras, por força de lei, e a Bolsa se limita a fornecer o sistema à corretora, cumprindo as suas ordens de

negociação.

A hipótese dos autos, contudo, é completamente diferente porque não estamos falando de operação de compra e venda de ativos. Estamos falando de vazamento de dados pessoais.

No caso de João, aqui analisado, está sendo discutido um serviço prestado diretamente pela B3 aos investidores, destinatários e consumidores destes serviços.

O serviço consiste em uma plataforma virtual, então denominada de Canal Eletrônico do Investidor (CEI), criada e gerida exclusivamente pela B3.

Trata-se de um serviço informativo e de organização de dados, por meio do qual a B3 apresenta ao investidor a possibilidade de consulta centralizada de todos os seus investimentos, ainda que realizados por meio de diversos bancos e corretoras, além de outras informações relacionadas, como extratos, rendimentos, histórico de negociações, gráficos de suas posições, entre outras.

A B3 coloca esse serviço à disposição de pessoas que possuem investimentos perante alguma corretora ou banco, permitindo o acesso direto e exclusivo à referida plataforma pelo investidor, mediante o cadastro de uma senha pessoal.

O perfil do investidor na plataforma da B3 é acessado apenas e diretamente por ele e não pela corretora, tampouco por terceiros.

Não se trata de um sistema de operação de valores mobiliários, pois os investimentos são realizados por meio de bancos ou corretoras. O referido serviço é prestado pela B3 aos investidores, de forma autônoma em relação aos serviços que presta às corretoras para viabilizar o funcionamento do mercado de capitais.

Em palavras mais simples: é como se fosse um site (uma plataforma), de acesso restrito, mediante senha, no qual a B3 fornece ao investidor informações sobre todos os seus investimentos. Não é uma plataforma para investir, mas sim para acompanhar os investimentos feitos.

Ao disponibilizar esse site (essa plataforma virtual), a B3 fornece um serviço diretamente para o investidor, firmando com ele uma relação jurídica de consumo, esta sim regida pelo CDC.

Primeira conclusão:

**Ao disponibilizar uma plataforma virtual para acesso direto, pessoal e exclusivo pelo investidor (Canal Eletrônico do Investidor), de caráter informativo a respeito de seus investimentos, a B3 fornece serviços diretamente para o consumo do investidor, estabelecendo com ele relação jurídica autônoma de consumo, regida pelo CDC.**

STJ. 3ª Turma. REsp 2.092.096-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/12/2023 (Info 799).

### ***Aplica-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais neste caso?***

SIM.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei nº 13.709/2018) é um importante diploma legal que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

### **Âmbito de aplicação da LGPD**

A LGPD se aplica para qualquer pessoa física ou jurídica que faça operação de tratamento de dados. Veja a redação do art. 3º da Lei nº 13.709/2018:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.



§ 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

§ 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.

## “Tratamento”, para fins de LGPD

É toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (art. 5º, X).

A doutrina especializada no tema, por sua vez, afirma que as hipóteses previstas na lei não são cumulativas, ou seja, a subsunção da conduta a uma única atividade daquelas enumeradas no art. 5º é suficiente para o enquadramento no conceito de tratamento de dados, de modo que, por exemplo, armazenar dados pessoais sem utilizá-los, pode ser enquadrado como tratamento de dados (COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada. 4. ed. São Paulo: RT, 2021, p. RL-1.2).

Assim, se a empresa armazena dados pessoais, ela já se enquadra no dispositivo.

## Dado pessoal, para fins de LGPD

É toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I).

## B3 realiza operação de tratamento com dados pessoais

A B3, ao manter um sistema que armazena e utiliza dados dos investidores referentes à sua identificação pessoal (p.ex. nome, CPF, e-mail e número de telefone), realiza operação de tratamento de dados pessoais, razão pela qual se submete sim às normas previstas na LGPD, inclusive às obrigações nela previstas.

## Obrigação de excluir os dados cadastrais inverídicos

O art. 18, III e IV, da LGPD confere ao titular dos dados pessoais o direito subjetivo de requisitar a “correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados”; e a “anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei”.

Havendo requisição por parte do titular, o agente de tratamento de dados tem a obrigação de excluir os dados cadastrais inverídicos inseridos por terceiros que obtiveram acesso não autorizado à conta do titular em sua plataforma, em observância aos arts. 18, IV, c/c os arts. 46 a 49 e 6º, II e VII, da LGPD.

Logo, a B3 tinha que ter excluído as informações requeridas por João.

Não se ignora que, no caso concreto, a fraude ocorreu primeiramente na corretora, que falhou com o seu dever de segurança ao não impedir a abertura indevida de conta de investimentos em nome do autor por parte de terceiros, que, em razão disso, obtiveram posterior acesso à plataforma virtual mantida pela B3.

No entanto, isso não retira da B3 as obrigações legais que detém em razão da sua condição de agente de tratamento de dados.

Portanto, independentemente de eventual responsabilidade da corretora pela fraude, é fato que a B3 administra de forma exclusiva a sua plataforma virtual, por meio da qual armazena dados pessoais do investidor, de modo que, se houve alteração indevida desses dados, a B3, na condição de agente de tratamento de dados, pode ser compelida a excluí-los, em observância aos arts. 18, IV, c/c os arts. 46 a 49 e 6º, II e VII, da LGPD.

Segunda conclusão:

**A B3, ao manter um sistema que armazena e utiliza dados dos investidores referentes à sua**



identificação pessoal, realiza operação de tratamento de dados pessoais e, assim, se submete às normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Em observância aos arts. 18, III e IV, da LGPD, o titular dos dados pessoais tem o direito de requisitar a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; e a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei.

Assim, havendo requisição por parte do titular, o agente de tratamento de dados tem a obrigação de excluir os dados cadastrais inseridos indevidamente por terceiros que obtiveram acesso não autorizado à conta do titular em sua plataforma, em observância aos arts. 18, IV, c/c os arts. 46 a 49 e 6º, II e VII, da LGPD.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.092.096-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/12/2023 (Info 799).

**Aplica-se o Marco Civil da Internet neste caso?**

SIM.

A B3 se enquadra no conceito de provedor de aplicação de internet, em razão da sua função de administrar e fornecer uma plataforma virtual de uso exclusivo dos investidores, que é acessada por dispositivos conectados à internet, incidindo, no âmbito dessa atividade, as normas previstas no Marco Civil da Internet.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.092.096-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/12/2023 (Info 799).

Os provedores têm o dever de prestar informações sobre “os dados cadastrais de usuário autor de ato ilícito”, conforme já decidiu a 4ª Turma do STJ no REsp 1.914.596/RJ, DJe 8/2/2022.

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No caso concreto não havia valor da condenação nem proveito econômico; além disso, o valor da causa abrangia outras parcelas; diante desse cenário, correta a fixação dos honorários subsidiariamente por equidade

ODS16

**Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados, em regra, com observância dos limites percentuais e da ordem de gradação da base de cálculo estabelecida pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015, sendo subsidiária a aplicação do art. 85, § 8º, do CPC/2015, apenas possível na ausência de qualquer das hipóteses do § 2º do mesmo dispositivo.**

STJ. 4ª Turma. REsp 1.931.669-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 5/12/2023 (Info 799).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

A empresa Alfa Distribuidora contratou a Beta Informática para programar e implementar um novo sistema informatizado em todas as suas lojas.

Como contraprestação, a Alfa combinou de pagar R\$ 800 mil, divididos em 10 parcelas de R\$ 80 mil.

A Distribuidora encontrou problemas com o serviço prestado e, por isso, decidiu não pagar a última parcela do contrato, no valor de R\$ 80 mil.

A Beta Informática não concordou e levou a protesto a nota promissória devida pela Alfa, no valor de R\$ 80 mil.

A Distribuidora ajuizou ação cautelar contra a empresa de Informática pedindo:

- a resolução do contrato;
- a declaração de inexigibilidade do título apontado para protesto;

- a condenação da Beta no pagamento de multa contratual e danos emergentes decorrentes das falhas na execução do contrato.

## **Sentença**

O juiz julgou o pedido procedente para:

- 1) declarar a inexigibilidade do débito apontado para protesto (R\$ 80 mil);
- 2) condenar a requerida no pagamento da multa contratual (R\$ 3 mil); e de
- 3) danos emergentes a serem apurados em liquidação de sentença.

A requerida foi ainda condenada no pagamento custas e honorários advocatícios sucumbenciais no valor correspondente a 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 6º, do CPC.

## **Apelação**

A Beta não concordou com a sentença e interpôs apelação.

O Tribunal de Justiça deu parcial provimento à apelação apenas para afastar a condenação da requerida ao pagamento de danos emergentes (item 3 acima).

Como, no final das contas, a autora ganhou uma parte (itens 1 e 2) e perdeu outra (item 3), o TJ reconheceu que houve sucumbência recíproca. Em razão disso, decidiu que tanto a ré (recorrente) quanto a autora (recorrida) deveriam pagar honorários advocatícios.

O TJ decidiu dividir da seguinte maneira os honorários:

- 1) foi mantida a condenação da requerida/apelante (Beta) no pagamento de honorários de 10% sobre o valor condenação, com fundamento no art. 85, 2º, do CPC/2015:

Art. 85 (...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

- 2) a Distribuidora (recorrida), por sua vez, foi condenada a pagar R\$ 5 mil de honorários, calculados por equidade, nos termos do § 8º do art. 85:

Art. 85 (...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Esse valor foi fixado com base em equidade (§ 8º) sob o argumento de que, como não foi especificado o valor dos danos emergentes, não havia outra forma de os honorários serem calculados.

## **Foi correta a fixação dos honorários advocatícios da distribuidora com base em equidade?**

SIM.

O STJ tem entendimento pacificado no sentido de que:

Os honorários advocatícios só podem ser fixados com base na equidade de forma subsidiária, ou seja:

- quando não for possível o arbitramento pela regra geral; ou
- quando for inestimável ou irrisório o valor da causa.

Assim, o juízo de equidade na fixação dos honorários advocatícios somente pode ser utilizado de forma subsidiária, quando não presente qualquer hipótese prevista no § 2º do art. 85 do CPC.

STJ. 2ª Seção. REsp 1746072-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. Acd. Min. Raul Araújo, julgado em 13/02/2019 (Info 645).

Desse modo, o § 2º do art. 85 do CPC/2015 traz uma regra geral e obrigatória.

A regra geral e obrigatória é a de que os honorários sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no § 2º do art. 85.

Esse percentual de 10% a 20% deverá incidir:

1ª opção: sobre o valor da condenação;

2ª opção: sobre o proveito econômico objetivo; ou

3ª opção: sobre o valor atualizado da causa (caso não seja possível mensurar o proveito econômico).

O § 8º do art. 85 prevê a fixação dos honorários com base na equidade.

Trata-se, contudo, de regra excepcional, de aplicação subsidiária, que somente incidirá nas causas em que:

- o proveito econômico obtido for inestimável ou irrisório; ou
- quando o valor da causa for muito baixo.

Esse entendimento foi reafirmado pela Corte Especial no julgamento do Tema 1.076:

I) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor:

a) da condenação; ou

b) do proveito econômico obtido; ou

c) do valor atualizado da causa.

II) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou

b) o valor da causa for muito baixo.

STJ. Corte Especial. REsp 1850512-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16/03/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1076) (Info 730).

No caso concreto, o valor atribuído à causa (R\$ 1.164.721,40), englobava a rescisão do contrato (R\$ 800 mil), declaração de inexigibilidade de parcela incontroversa (R\$ 80 mil) e danos emergentes apuráveis por perícia.

Nesse cenário, os danos emergentes não foram especificados na petição inicial, pois estavam sujeitos à liquidação.

Logo, para calcular os honorários no que tange aos danos emergentes não havia:

1ª opção: valor da condenação; nem

2ª opção: valor do proveito econômico.

A 3ª opção (valor atualizado da causa), não era possível de ser utilizada porque englobava outras parcelas.

Logo, só restava ao Tribunal utilizar a equidade.

### **Em suma:**

**Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados, em regra, com observância dos limites percentuais e da ordem de gradação da base de cálculo estabelecida pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015, sendo subsidiária a aplicação do art. 85, § 8º, do CPC/2015, apenas possível na ausência de qualquer das hipóteses do § 2º do mesmo dispositivo.**

STJ. 4ª Turma. REsp 1.931.669-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 5/12/2023 (Info 799).

## EXECUÇÃO INVERTIDA

**A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar a execução invertida no procedimento comum**

### **Importante!!!**

ODS 16

**O STF decidiu que é constitucional a exigência da execução invertida nos Juizados Especiais Federais:**

**Não ofende a ordem constitucional determinação judicial de que a União proceda aos cálculos e apresente os documentos relativos à execução nos processos em tramitação nos juizados especiais cíveis federais, ressalvada a possibilidade de o exequente postular a nomeação de perito (STF. Plenário. ADPF 219/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20/5/2021).**

**Esse entendimento, contudo, não se aplica para o procedimento comum.**

**Não é possível a determinação judicial à Fazenda Pública de adoção da prática jurisprudencial da execução invertida no cumprimento de sentença em procedimento comum.**

**STJ. 2ª Turma. AREsp 2.014.491-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/12/2023 (Info 799).**

**STF JULGOU CONSTITUCIONAL A PRÁTICA DA EXECUÇÃO INVERTIDA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS**

### ***Execução invertida***

O CPC prevê que a execução contra a fazenda pública deverá ser deflagrada por iniciativa do credor (exequente), que apresentará os cálculos do valor que entende devido. Nesse sentido, confira o que diz o art. 534 do CPC:

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

- I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;
- II - o índice de correção monetária adotado;
- III - os juros aplicados e as respectivas taxas;
- IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;
- V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;
- VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Ocorre que se percebeu que, na maioria das vezes, o credor é pessoa que dispõe de poucos recursos e que não tem quem possa fazer esses cálculos. Essa realidade se mostra ainda mais evidente no caso dos Juizados Especiais Federais. Pensando nisso, alguns juízes dos Juizados Especiais idealizaram uma adaptação do procedimento, que ficou conhecida como “execução invertida”.

A execução invertida, em palavras simples, consiste no seguinte: havendo uma decisão transitada em julgado condenando a Fazenda Pública ao pagamento de uma quantia considerada como de “pequeno valor”, o juiz do Juizado Especial Federal intima o Poder Público (devedor) para que este elabore a planilha de cálculos com o valor que é devido e apresente isso nos autos para análise do credor. Caso este concorde, haverá o pagamento voluntário da obrigação e a execução se encerra rapidamente.

O ônus de preparar esses cálculos e pedir a execução seria do particular (credor). No entanto, com essa sistemática, há uma inversão desse ônus, de forma que a própria Fazenda Pública, mesmo sendo a devedora, é quem apresenta os cálculos da quantia devida. Vale ressaltar que esses cálculos, obviamente, deverão ser realizados segundo os parâmetros que foram fixados pelo juízo na sentença/acórdão (título executivo judicial).

A execução invertida é amplamente admitida nos Juizados Especiais Federais. Nesse sentido:

Enunciado nº 129 do FONAJEF: Nos Juizados Especiais Federais, é possível que o juiz determine que o executado apresente os cálculos de liquidação.

## **ADPF**

A União ajuizou ADPF para questionar decisões dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que impuseram a ela o dever da execução invertida, isto é, o dever de apurar ou indicar, nos processos em que figure como ré ou executada, o valor devido à parte autora.

A União argumentou que a chamada execução invertida seria inconstitucional.

***O STF acolheu o argumento da União? É inconstitucional a exigência feita pelo juízo no sentido de que a Fazenda Pública apresente os documentos e faça os cálculos do quanto terá que pagar?***

NÃO.

Não ofende a ordem constitucional determinação judicial de que a União proceda aos cálculos e apresente os documentos relativos à execução nos processos em tramitação nos juizados especiais cíveis federais, ressalvada a possibilidade de o exequente postular a nomeação de perito.

STF. Plenário. ADPF 219/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20/5/2021 (Info 1018).

O STF considerou legítima a determinação de que, em decisões judiciais proferidas pelos Juizados Especiais Federais, a União efetue os cálculos para a execução das verbas devidas nas ações em que for condenada.

Entre os princípios que regem o microsistema processual dos juizados especiais federais — versados na Lei nº 9.099/95 e na Lei nº 10.259/2001 — estão os da simplicidade, da economia processual e da celeridade. A legislação potencializa o acesso à Justiça.

Em regra, é do credor a iniciativa nas execuções civis, cabendo-lhe instruir a execução com os cálculos da obrigação materializada no título. Apesar disso, não há vedação legal a que se exija a colaboração do executado, principalmente quando se trata de ente da Administração Pública federal.

No âmbito dos juizados especiais federais, tudo indica ser possível a inversão da ordem. A relação estabelecida entre o particular que procura o juizado e a União é, evidentemente, assimétrica. Logo, impõe-se potencializar os poderes conferidos pelo CPC ao magistrado para restabelecer a efetiva igualdade entre as partes.

A leitura atual do papel exercido pela Administração Pública dá primazia ao interesse público primário. A própria legislação dos juizados pressupõe que a Administração agirá no intuito de buscar a efetividade dos direitos dos administrados.

Exigir que exista sempre a intervenção de perito designado pelo juízo revela incompatibilidade com os princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade do processo.

A nomeação de perito representa custo ao Erário com os honorários correspondentes.

Além disso, os cálculos efetuados deverão ser posteriormente revistos pela própria Administração fazendária a fim de verificar o acerto do valor apurado.

De igual modo, se o exequente apresentar valor excessivo, caberá à Fazenda declarar de imediato o valor que entenda correto.

Logo, como a Fazenda Pública terá que sempre analisar o valor, melhor que já faça isso de início, facilitando todo o processo.

Acrescente-se, ainda, que, em última análise, o dever de colaboração imputável ao Estado decorre dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, e do subprincípio da economicidade.

Obs: vale ressaltar que, apesar de a tese fixada pelo STF falar apenas em União, é possível que seu raciocínio seja também aplicado para as entidades federais, como o INSS, e para os outros entes federativos, como Estados, DF e Municípios.

## ***O credor será obrigado a aceitar a execução invertida?***

NÃO. O credor pode fazer absoluta questão de que os cálculos sejam realizados por terceiro imparcial (perito do juízo). Em tais hipóteses, ele deverá formular requerimento expresso, incumbindo ao Estado viabilizar a atuação do perito.

A FAZENDA PÚBLICA NÃO É OBRIGADA A ACEITAR A EXECUÇÃO INVERTIDA NO PROCEDIMENTO COMUM

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

João ajuizou ação contra o INSS pedindo a concessão de aposentadoria no valor mensal de R\$ 7.500,00. Essa ação foi ajuizada na vara federal comum (procedimento comum), e não no Juizado Especial Federal (procedimento sumaríssimo). Por quê?

Normalmente, as ações previdenciárias propostas contra o INSS são de competência dos Juizados Especiais Federais. Isso, contudo, nem sempre é verdadeiro.

Os Juizados Especiais Federais somente podem julgar causas de até 60 salários-mínimos. Dizemos que este é o teto do JEF, conforme prevê o caput do art. 3º, da Lei nº 10.259/2001:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

Se o autor vai ajuizar uma ação pedindo um benefício previdenciário (ex: uma aposentadoria), o cálculo do valor da causa deverá considerar a soma das 12 prestações que ainda irão vencer. Isso está previsto no § 2º do art. 3º da Lei nº 10.259/2001:

Art. 3º (...)  
§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput.

Em nosso exemplo, fazendo esse cálculo, o valor da causa seria superior a 60 salários-mínimos e, portanto, essa ação de João não é de competência do JEF por ultrapassar o seu teto.

### ***Voltando ao caso concreto:***

O Juiz Federal, no procedimento comum, julgou o pedido procedente e condenou o INSS a conceder a aposentadoria ao autor.

O INSS foi condenado, ainda, a pagar as parcelas devidas desde a data do requerimento administrativo, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Os honorários sucumbenciais foram arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Constou ainda na sentença que, com o trânsito em julgado, o INSS teria 20 dias para promover os cálculos de acordo com os critérios estabelecidos para efeito de expedição de requisição de pagamento. E que juntado o cálculo, fosse aberta vista a parte autora por 10 dias. Em outras palavras, a sentença determinou a sistemática da execução invertida.

Irresignado, o INSS interpôs apelação dirigida ao TRF.

Argumentou que o juiz obrigou que a autarquia aceitasse a execução invertida, o que não seria possível.

O TRF negou provimento à apelação afirmando que o INSS tem estrutura técnica capacitada para elaboração do *quantum debeatur*. Inclusive, na prática, o próprio INSS sempre envia os valores apresentados pelo exequente para que o setor de cálculos da autarquia confira se eles estão corretos.

Isso significa que, na prática, o INSS já faz os cálculos. Logo, o comando contido na sentença não representaria um trabalho extra que a autarquia já não esteja acostumado a fazer.

O INSS não concordou e interpôs recurso especial argumentando que é ônus do credor promover a liquidação do julgado que lhe é favorável. O próprio acórdão teria reconhecido que a execução de



valores em face da Fazenda Pública é de iniciativa do credor, mas que teria mantido a determinação apenas em face das vantagens trazidas pela execução invertida.

Mesmo na hipótese de o credor ser economicamente hipossuficiente, é dever legal do Poder Judiciário, e não do executado, fazer os cálculos da execução.

Por esses motivos, concluiu que a execução invertida é uma exceção à regra, uma faculdade do executado que pode ou não ser adotada, até porque há que se levar em conta também a possibilidade de desinteresse da parte credora em fazer valer o seu direito e mesmo a inércia gerar a prescrição nos termos da Súmula 150 do STF.

### ***O STJ concordou com os argumentos do INSS?***

SIM.

### ***Conceito de execução invertida***

O procedimento denominado “execução invertida” consiste na modificação do rito processual estabelecido no Código de Processo Civil, ofertando à parte executada (devedor) a possibilidade de apresentação dos cálculos e valor devido à parte exequente (credor).

Não há previsão legal de tal mecanismo processual, sendo ele uma construção jurisprudencial.

### ***A execução invertida depende de uma concordância do devedor***

O STJ entende que a “execução invertida” tem como fundamento basilar a “conduta espontânea” do devedor.

O devedor, de forma espontânea e voluntária, pode se antecipar e apresentar logo os cálculos da execução. Como decorrência disso, ele acelera o processo (princípio da duração razoável do processo) e receberá, como “recompensa”, a não condenação em honorários advocatícios.

No caso em exame, o juízo *a quo* deveria ter intimado previamente o INSS (parte executada), ofertando-lhe a possibilidade de cumprimento espontâneo da sentença. Caberia então a parte decidir pela apresentação ou não dos cálculos e valores devidos. Se o INSS não aceitasse fazer, assumiria a responsabilidade da condenação em honorários advocatícios, decorrentes da execução (princípio da causalidade). Se aceitasse, ficaria dispensado desse pagamento. Tal procedimento prévio de intimação da Fazenda Pública possui substrato na jurisprudência do STJ.

Ocorre que o juízo *a quo* não deu essa faculdade ao INSS, tendo obrigado a autarquia previdenciária a adotar a execução invertida, o que não encontra amparo na jurisprudência do STJ.

### ***Mas o STF não obrigou a parte executada a aceitar a execução invertida?***

Somente nos casos de Juizados Especiais Federais.

A decisão do STF na ADPF 219 se aplica apenas para as decisões proferidas pelos Juizados Especiais.

Nesse contexto, em que pese a importância e realce dos princípios que regem o microsistema dos juizados especiais, não há possibilidade de imposição automática de tais princípios, e por decorrência seus efeitos, para o âmbito dos processos ordinários (comuns).

No campo do processo civil, ordenado pelo Código de Processo Civil, outros princípios e vetores de julgamento sobressaem, como por exemplo: princípio da cooperação e comportamento processual probó (boa-fé).

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

**Não é possível a determinação judicial à Fazenda Pública de adoção da prática jurisprudencial da execução invertida no cumprimento de sentença em procedimento comum.**

STJ. 2ª Turma. AREsp 2.014.491-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/12/2023 (Info 799).



**DIREITO PENAL**

**ROUBO**

Se o agente utiliza simulacro de arma de fogo para subtrair os bens, ele comete roubo porque o simulacro já é suficiente para configurar grave ameaça; como houve grave ameaça não é possível substituição por restritiva de direitos já que existe vedação no art. 44, I, do CP

**Importante!!!**

ODS 16

**A utilização de simulacro de arma configura a elementar grave ameaça do tipo penal do roubo, subsumindo à hipótese legal que veda a substituição da pena.**

STJ. 3ª Seção. REsp 1.994.182-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1171) (Info 799).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

João entrou em uma agência dos Correios e, portando algo que parecia uma arma de fogo, ameaçou o empregado da loja dizendo: “É um assalto. Me dá o dinheiro do caixa. Anda logo. Quer morrer?”

A vítima entregou os R\$ 220,00 que havia no caixa e João fugiu.

Alguns metros depois, já na rua, João foi preso por policiais militares que faziam a ronda no local.

Os policiais constataram que João estava portando uma “arma de brinquedo”, ou seja, um simulacro de arma.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João por roubo simples (art. 157, caput, do Código Penal):

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Ao final, o juiz prolatou sentença condenatória impondo a pena de 4 anos contra o réu.

O magistrado negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sob o argumento de que houve grave ameaça (ainda que feita com simulacro de arma de fogo). Logo, existe a vedação prevista no inciso I do art. 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

(...)

**REQUISITOS CUMULATIVOS PARA A CONVERSÃO DA  
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

1º requisito (objetivo):  
Natureza do crime e  
quantum da pena

2º requisito (subjeto):  
Não ser reincidente  
em crime doloso

3º requisito (subjeto):  
A substituição seja  
indicada e suficiente

<p>a) Crime doloso:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• igual ou inferior a 4 anos;</li> <li>• sem violência ou grave ameaça a pessoa.</li> </ul> <p>b) Crime culposo: qualquer que seja a pena aplicada.</p>	<p>Em regra, o condenado reincidente em crime doloso não tem direito à substituição. Exceção: o juiz poderá aplicar a substituição desde que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• a medida seja socialmente recomendável e</li> <li>• a reincidência não seja específica (em virtude da prática do mesmo crime).</li> </ul>	<p>A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. É o chamado princípio da suficiência da resposta alternativa ao delito.</p>
--	--	--

O réu recorreu alegando que o emprego de simulacro não constitui grave ameaça considerando que, nesse caso, o agressor tem a consciência de que não tem condições de efetivar o mal que promete ou insinua a vítima para subtração dos bens. Logo, não havendo grave ameaça seria possível a substituição por restritiva de direitos.

***Os argumentos da defesa foram acolhidos pelo STJ? Configurado o delito de roubo, cometido mediante emprego de simulacro de arma, é possível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, do Código Penal?***

NÃO.

A “grave ameaça consiste na intimidação, isto é, coação psicológica, na promessa, direta ou indireta, implícita ou explícita, de castigo ou de malefício. A sua análise foge da esfera física para atuar no plano da atividade mental. Por isso mesmo sua conceituação é complexa, porque atuam fatores diversos como a fragilidade da vítima, o momento (dia ou noite), o local (ermo, escuro etc.) e a própria aparência do agente.” “A simulação do uso de arma de fogo durante a subtração configura grave ameaça caracterizadora do crime de roubo, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima” (CUNHA, Rogério Sanches da. Manual de Direito Penal. Volume único, Parte Especial. 12ª ed., Salvador: JusPodivm, 2020, p. 314).

O STJ entende que a utilização do simulacro configura grave ameaça, para fins do delito de roubo: STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 720.497/SC, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 27/3/2023.

No mesmo sentido:

A jurisprudência do STJ, desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, não admite mais a exasperação da pena-base com fundamento em simulacro de arma de fogo, o qual é apto para caracterizar apenas a grave ameaça, circunstância inerente ao tipo penal de roubo. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 401.040/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 14/11/2017.

Portanto, a utilização do simulacro de arma de fogo para prática do crime de roubo, configura, sim, grave ameaça nos termos do art. 157 do Código Penal, subsumindo-se ao disposto no art. 44, I, do Código Penal, impedindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

***Tese fixada:***

**A utilização de simulacro de arma configura a elementar grave ameaça do tipo penal do roubo, subsumindo à hipótese legal que veda a substituição da pena.**

STJ. 3ª Seção. REsp 1.994.182-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1171) (Info 799).

**TORTURA**

**Se o pai submete sua filha adolescente a intenso sofrimento físico, com emprego de violência, como forma de lhe aplicar castigo pessoal, ele pratica a tortura do art. 1º, II, da Lei 9.455/97, com a agravante do art. 61, II, e, do CP; não há bis in idem na aplicação da agravante**

ODS 16

**A incidência da circunstância agravante do art. 61, II, “e”, do Código Penal no crime de tortura, previsto no art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97, não configura *bis in idem*.**

**Art. 1º Constitui crime de tortura: (...) II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos.**

**Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;**

**STJ. 5ª Turma. REsp 2.096.542/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12/12/2023 (Info 799).**

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

João submeteu sua filha Beatriz, de 12 anos de idade, a intenso e desmedido sofrimento físico, com emprego de violência, como forma de lhe aplicar castigo pessoal.

O fato foi descoberto e, em razão disso, João foi denunciado pela prática do crime de tortura-castigo (art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97):

Art. 1º Constitui crime de tortura:

(...)

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

João foi condenado. Na segunda fase da dosimetria, o juiz majorou a pena aplicando a agravante prevista no art. 61, II, “e”, do Código Penal:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

O réu recorreu alegando que a agravante reconhecida na sentença (crime praticado contra descendente) não poderia ser aplicada porque a relação de parentesco integraria a própria elementar do tipo penal:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

(...)

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Por essa razão, defendeu que a aplicação da mencionada agravante ao supracitado tipo penal

caracterizou “bis in idem” e, por essa razão, deveria ser decotada da condenação.

**A tese da defesa é acolhida pelo STJ?**

NÃO. Não há bis in idem porque são elementos diferentes.

O art. 1º, II, “e”, da Lei nº 9.455/97 diz que constitui crime de tortura “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

O tipo penal descrito no art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97 caracteriza-se como um crime próprio (específico), uma vez que requer uma condição especial do agente, ou seja, é um delito que somente pode ser perpetrado por uma pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade. Nesse sentido:

Somente pode ser agente ativo do crime de tortura-castigo (art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97) aquele que detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade (crime próprio).

STJ. 6ª Turma. REsp 1.738.264-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/08/2018 (Info 633).

Já a agravante prevista no art. 61, II, alínea “e”, do Código Penal diz respeito à prática do crime contra um descendente, independentemente de estar ou não sob a guarda, poder ou autoridade do autor do delito. Essa circunstância objetiva não constitui um elemento essencial do tipo penal que resultou na condenação do acusado. A finalidade dessa agravante é majorar a pena daqueles que violam o dever legal e moral de apoio mútuo entre parentes.

No caso, observa-se uma maior censurabilidade na conduta do réu, uma vez que ele perpetrara o crime de tortura contra sua própria filha adolescente, o que contraria sua função de garantidor, que impõe o dever de zelar pelo bem-estar e proteção da menor.

Portanto, a agravante descrita no art. 61, II, alínea “e”, do Código Penal, prevê a prática do crime contra descendente, que pode ou não estar sob guarda, poder ou autoridade do autor do delito de tortura castigo previsto no art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97, não se confundido com elementar do tipo. Logo, não há que se falar em bis in idem.

**Em suma:**

**A incidência da circunstância agravante do art. 61, inciso II, e, do Código Penal no crime de tortura, previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997, não configura bis in idem.**

STJ. 5ª Turma. REsp 2.096.542/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12/12/2023 (Info 799).

**CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

**Se o réu explora ouro, sem autorização legal, ele pratica o crime do art. 2º, da Lei 8.176/91, mesmo que essa exploração estivesse ocorrendo em imóvel de propriedade particular ou em zona rural municipal; mesmo estando em propriedade privada, o minério é da União**

**Concursos federais**

ODS 12 E 16

**O fato de o minério estar localizado em propriedade particular ou em zona rural municipal não afasta a dominialidade federal do bem e a tipicidade prevista no art. 2º da Lei nº 8.176/91 (usurpação mineral).**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.789.629-MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28/11/2023 (Info 799).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

A Polícia descobriu que João estava explorando ouro, sem autorização legal, em uma propriedade particular localizada na zona rural do Município.

O Ministério Público Federal denunciou João pelos crimes de:

- usuração mineral (art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 8.176/91):

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

- e extração ilegal de recursos minerais (art. 55 da Lei nº 9.605/98):

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

O Juízo Federal condenou João.

Irresignado, o réu interpôs apelação sustentando, em síntese, que a conduta não se amolda ao tipo penal do art. 55 da Lei nº 9.605/98. Argumentou que a extração do ouro ocorreu em terras de domínio particular, não atingindo, portanto, bens, serviços ou interesses da União.

### ***Os argumentos da defesa são acolhidos pelo STJ?***

NÃO.

O crime de usuração mineral, previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91 é um crime contra o patrimônio público. Seu foco central está no prejuízo resultante da indevida ou irregular extração mineral.

Os recursos minerais, como é o caso do ouro, são bens da União, conforme prevê o art. 20, IX, da CF/88, ainda que estejam inseridos em área particular ou pertencente a outro ente federativo:

Art. 20. São bens da União:

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

A defesa alegou que a conduta do réu seria atípica porque a extração do ouro ocorreu em terras particulares ou, no máximo, em zona rural municipal (áreas pertencentes ao município). Isso, contudo, não importa para fins de caracterização do crime.

O fato de o minério estar localizado em propriedade particular ou em zona rural municipal não afasta a dominialidade federal do bem. Em palavras mais simples: mesmo que o minério esteja em terreno particular, ele continua sendo bem da União.

Vale relembrar, nesse sentido, o que diz o Código Civil:

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Dessa forma, se alguém se apropria de recursos minerais, sem autorização legal, pratica a conduta típica do art. 2º da Lei nº 8.176/91, havendo interesse direto e específico da União.

Como consequência, é de competência da Justiça Federal processar e julgar as condutas tipificadas no art. 2º da Lei nº 8.176/91.

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

**O fato de o minério estar localizado em propriedade particular ou em zona rural municipal não afasta a dominialidade federal do bem e a tipicidade prevista no art. 2º da Lei n. 8.176/1991 (usuração mineral).**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.789.629-MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28/11/2023

(Info 799).

## **DIREITO PROCESSUAL PENAL**

### **TRIBUNAL DO JÚRI**

**Não é possível a pronúncia do acusado baseada exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos probatórios colhidos no inquérito sem confirmação na fase judicial**

ODS 16

**Caso concreto:** duas pessoas foram mortas com disparos de arma de fogo. Foi instaurado inquérito policial para apurar o ocorrido. Uma testemunha que não presenciou o delito, afirmou que João foi o mandante do crime. Com base unicamente nesse depoimento, João foi denunciado pelos homicídios. Durante a instrução, a testemunha mudou a versão anteriormente dada e negou saber qualquer informação sobre o caso. Em juízo, policiais que trabalharam no inquérito afirmaram que chegaram ao nome de João por intermédio de pessoas que não quiseram se identificar. O réu negou o crime.

**Como os apontados indícios de autoria ficaram limitados exclusivamente a testemunhos indiretos e elementos do inquérito policial não confirmados em juízo, o acusado deve ser impronunciado.**

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.017.497-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/10/2023 (Info 799).

#### **Procedimento do Tribunal do Júri**

Quando a pessoa pratica um crime doloso contra a vida, ela responde a um processo penal que é regido por um procedimento especial próprio do Tribunal do Júri (arts. 406 a 497 do CPP).

#### **Procedimento bifásico do Tribunal do Júri**

O procedimento do Tribunal do Júri é chamado de bifásico (ou escalonado) porque se divide em duas etapas:

- 1) Fase do sumário da culpa (*iudicium accusationis*): é a fase de acusação e instrução preliminar (formação da culpa). Inicia-se com o oferecimento da denúncia (ou queixa) e termina com a preclusão da sentença de pronúncia.
- 2) Fase de julgamento (*iudicium causae*).

#### **Sentença que encerra o sumário da culpa**

Ao final da 1ª fase do procedimento do júri (sumário da culpa), o juiz irá proferir uma sentença, que poderá ser de quatro modos:

PRONÚNCIA	IMPRONÚNCIA	ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA	DESCCLASSIFICAÇÃO
O réu será pronunciado quando o juiz se convencer de que existem prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou de participação.	O réu será impronunciado quando o juiz não se convencer: <ul style="list-style-type: none"><li>• da materialidade do fato;</li><li>• da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.</li></ul> Ex.: a única testemunha que havia reconhecido o réu no IP não foi ouvida em juízo.	O réu será absolvido, desde logo, quando estiver provado (a): <ul style="list-style-type: none"><li>• a inexistência do fato;</li><li>• que o réu não é autor ou partícipe do fato;</li><li>• que o fato não constitui crime;</li><li>• que existe uma causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.</li></ul> Ex.: todas as testemunhas ouvidas afirmaram que o réu não	Ocorre quando o juiz se convencer de que o fato narrado não é um crime doloso contra a vida, mas sim um outro delito, devendo, então, remeter o processo para o juízo competente. Ex.: juiz entende que não houve homicídio doloso, mas sim latrocínio.



		foi o autor dos disparos.	
Recurso cabível: RESE.	Recurso cabível: APELAÇÃO.	Recurso cabível: APELAÇÃO.	Recurso cabível: RESE.

**Imagine agora a seguinte situação hipotética:**

Duas pessoas foram mortas com disparos de arma de fogo em uma rua escura.

Foi instaurado inquérito policial para apurar o ocorrido.

Regina, testemunha que não presenciou o delito, afirmou que João foi o mandante do crime.

Com base unicamente nesse depoimento, João foi denunciado pelo crime de homicídio qualificado.

Durante a instrução, Regina mudou a versão anteriormente dada e negou saber qualquer informação sobre o caso.

Em juízo, policiais que trabalharam no inquérito afirmaram que chegaram ao nome de João por intermédio de pessoas que não quiseram se identificar.

O réu negou o crime.

Ao final da 1ª fase do procedimento do júri (sumário da culpa), o juiz proferiu sentença de pronúncia.

O réu interpôs recurso em sentido estrito.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao RESE por entender que, nesta fase, vigora o princípio *in dubio pro societate*, razão pela qual se deveria deixar para o Júri decidir.

O réu ingressou com recurso especial alegando, em síntese, insuficiência de provas, uma vez que a pronúncia foi amparada em depoimentos inquisitoriais, não confirmados em juízos.

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

SIM.

A pronúncia é um juízo de admissibilidade da acusação que não exige prova inequívoca da autoria. Todavia, a decisão de pronúncia traz uma consequência grave ao réu porque ele irá ser submetido a julgamento popular, por juízes leigos. Diante disso, a decisão de pronúncia deve satisfazer um standard probatório minimamente razoável.

Diante desse cenário, o STJ têm rechaçado a pronúncia baseada exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos probatórios colhidos no inquérito sem confirmação na fase judicial. Foi o caso concreto aqui analisado.

As instâncias ordinárias apresentaram como indícios de autoria delitiva para a pronúncia os testemunhos indiretos dos policiais, que não presenciaram diretamente os fatos criminosos, e as declarações prestadas por uma testemunha na fase do inquérito, que não foram confirmadas no curso da instrução criminal. Isso é insuficiente para a pronúncia.

Conforme já decidiu o STJ em caso análogo:

O depoimento indireto prestado pelos policiais não pode ser considerado hábil a confirmar os elementos inquisitoriais, mormente quando desmentidos pela testemunha sob o contraditório judicial.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 798.996/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 30/8/2023.

Assim, como os apontados indícios de autoria ficaram limitados exclusivamente a testemunhos indiretos e elementos do inquérito policial não confirmados em juízo, a medida que se impõe é impronúncia do acusado, nos termos do art. 414, caput, do CPP.

**Em suma:**

**É inidônea a pronúncia fundamentada exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos colhidos no inquérito sem confirmação na fase judicial.**

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.017.497-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/10/2023 (Info 799).

DOD PLUS – JULGADOS CORRELATOS

**Não é cabível a pronúncia fundada exclusivamente em testemunhos indiretos de “ouvir dizer”**



Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal do Júri, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular.

STJ. 5ª Turma. HC 673138-PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14/09/2021 (Info 709).

STJ. 6ª Turma. REsp 1649663/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/09/2021.

***O testemunho por ouvir dizer, produzido somente na fase inquisitorial, não serve como fundamento para pronúncia***

O testemunho por ouvir dizer (hearsayrule), produzido somente na fase inquisitorial, não serve como fundamento exclusivo da decisão de pronúncia, que submete o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

STJ. 6ª Turma. REsp 1373356-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/4/2017 (Info 603).

**DIREITO TRIBUTÁRIO**

**ICMS**

**O entendimento firmado no Tema 69/STF também se aplica para o ICMS-ST**

ODS 16 E 17

**O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva.**

STJ. 1ª Seção. REsp 1.896.678-RS e 1.958.265-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13/12/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1125) (Info 799).

O ICMS NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA A COFINS (TEMA 69/STF)

Os chamados PIS e COFINS são duas diferentes “contribuições de seguridade social”, instituídas pela União. Atualmente, o PIS é chamado de PIS/PASEP.

**PIS/PASEP**

O sentido histórico dessas duas siglas é o seguinte:

- PIS: Programa de Integração Social.
- PASEP: Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público.

O PIS e o PASEP foram criados separadamente, mas desde 1976 foram unificados e passaram a ser denominados de PIS/PASEP.

Segundo a Lei nº 10.637/2002, a contribuição para o PIS/Pasep incide sobre o **total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica**, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

**COFINS**

Significa Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

A COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) é uma espécie de tributo instituída pela Lei Complementar 70/91, nos termos do art. 195, I, “b”, da CF/88.

A COFINS incide sobre o **total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica**, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (art. 1º da Lei nº 10.833/2003).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

A empresa "XX" (vendedora de mercadorias) é contribuinte de PIS/COFINS.

Com as mercadorias vendidas em maio, o total das receitas auferidas pela empresa no mês foi R\$ 100 mil.

O fisco cobrou o PIS/PASEP e COFINS com base nesse valor (alíquota x 100 mil = tributo devido).

A empresa não concordou e afirmou que dos R\$ 100 mil que ela recebeu, ficou apenas com R\$ 75 mil, considerando que R\$ 25 mil foram repassados ao Estado-membro a título de pagamento de ICMS.

Em suma, para a empresa, a quantia paga a título de ICMS não pode ser incluída na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS.

***A tese da empresa foi acolhida pelo STF?***

SIM. O ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

STF. Plenário. RE 574706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/3/2017 (Repercussão Geral – Tema 69) (Info 857).

A inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturariam ICMS, o que não ocorre.

O ICMS apenas circula pela contabilidade da empresa, ou seja, tais valores entram no caixa (em razão do preço total pago pelo consumidor), mas não pertencem ao sujeito passivo, já que ele irá repassar ao Fisco. Em outras palavras, o montante de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do DF.

Dessa forma, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento (nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa. Por essa razão, não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS ou a COFINS.

***STJ acompanhou o STF***

Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.100.739-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 27/02/2018 (Info 621).

O ICMS-ST NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS, DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA (TEMA 1125/STJ)

***Substituição tributária progressiva***

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

Na substituição tributária progressiva, a lei prevê que o tributo deverá ser recolhido antes mesmo que ocorra o fato gerador. Desse modo, primeiro há um recolhimento do imposto e o fato gerador se dará em um momento posterior.

Diz-se, então, que o fato gerador é presumido porque haverá o pagamento do tributo sem ter certeza de que ele irá acontecer.

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

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

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.

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

A empresa Alfa Utilidades Ltda possui como atividade principal o comércio varejista de mercadorias, com predominância de produtos de materiais de construção e móveis em geral.

No desenvolvimento das suas atividades, a empresa comercializa mercadorias, dentre as quais sujeita-se ao recolhimento do ICMS na modalidade de substituição tributária, sendo, no caso, a substituída.

A operação ocorre da seguinte forma: a indústria, ao vender seus produtos para a Alfa, já faz a retenção do ICMS que a Alfa iria pagar quando vendesse as mercadorias para o consumidor final.

A indústria desempenha o papel de contribuinte substituto e a Alfa de contribuinte substituído.

A empresa alegou que, apesar de tais valores serem pagos (recolhidos) pelo contribuinte substituto (ex: indústria), na prática, eles são repassados para ela (contribuinte substituído), como custo de aquisição.

Destaca-se que a empresa realiza o pagamento de PIS e COFINS.

Desse modo, a empresa entende que a quantia paga a título de ICMS, pelo contribuinte substituto,

repassada a ela como custo de aquisição, não se insere no conceito de receita bruta/faturamento, base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

Assim, a empresa impetrou mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal do Brasil objetivando ver reconhecido o direito de excluir das bases de cálculo do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ICMS-ST pago antecipadamente por ocasião da aquisição de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

A sentença denegou a segurança (julgou improcedente o pedido).

A Alfa interpôs apelação, mas o TRF manteve a sentença argumentando que o STF, ao julgar o RE 574.706 (Tema 69), não tratou sobre o regime de substituição progressiva do ICMS. Em outras palavras, para o TRF, o Tema 69 do STF não se aplicaria para os casos de substituição tributária progressiva.

A Alfa interpôs recurso especial.

***Antes de verificarmos o que decidiu o STJ, devemos indagar: o STF já enfrentou esse tema? Para o STF, o entendimento firmado no Tema 69/STF também se aplica para o ICMS-ST?***

O STF não enfrentou essa questão. Esse assunto foi levado ao Supremo, em 2020, por meio do RE 1.258.842/RS. No entanto, o STF não examinou o mérito porque afirmou que era matéria infraconstitucional e, portanto, não havia repercussão geral. Na ocasião, o STF firmou a seguinte tese:

É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

STF. Plenário. RE 1258842 RG, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 14/08/2020.

Desse modo, não existindo controvérsia constitucional, isso significa que a última palavra a respeito do assunto é do STJ.

Constitui, portanto, missão do STJ definir se o ICMS-ST deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

***O que decidiu o STJ? Os argumentos da empresa foram acolhidos? O entendimento firmado no Tema 69/STF também se aplica para o ICMS-ST?***

SIM.

O regime de substituição tributária - que concentra, em regra, em um único contribuinte o dever de pagar pela integralidade do tributo devido pelos demais integrantes da cadeia produtiva - constitui mecanismo especial de arrecadação destinado a conferir, sobretudo, maior eficiência ao procedimento de fiscalização, não configurando incentivo ou benefício fiscal, tampouco implicando aumento ou diminuição da carga tributária.

O substituído é quem pratica o fato gerador do ICMS-ST, ao transmitir a titularidade da mercadoria, de forma onerosa, sendo que, por uma questão de praticidade contida na norma jurídica, a obrigação tributária recai sobre o substituto, que, na qualidade de responsável, antecipa o pagamento do tributo, adotando técnicas previamente estabelecidas na lei para presumir a base de cálculo.

Os contribuintes (substituídos ou não) ocupam posições jurídicas idênticas quanto à submissão à tributação pelo ICMS, sendo certo que a distinção entre eles encontra-se tão somente no mecanismo especial de recolhimento, de modo que é incabível qualquer entendimento que contemple majoração de carga tributária ao substituído tributário tão somente em razão dessa peculiaridade na forma de operacionalizar a cobrança do tributo.

A interpretação do disposto nos arts. 1º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 e 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, realizada especialmente à luz dos princípios da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da livre concorrência e da tese fixada em repercussão geral (Tema 69 do STF), conduz ao entendimento de que devem ser excluídos os valores correspondentes ao ICMS-ST destacado da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo substituído no regime de substituição

progressiva.

Diante da circunstância de que a submissão ao regime de substituição depende de lei estadual, a indevida distinção entre ICMS regular e ICMS-ST na composição da base de cálculo das contribuições em tela concederia aos Estados e ao Distrito Federal a possibilidade de invadir a competência tributária da União, comprometendo o pacto federativo, ao tempo que representaria espécie de isenção heterônoma.

Assim, para fins do recurso repetitivo, firma-se a tese no sentido de que:

**O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva.**

STJ. 1ª Seção. REspS 1.896.678-RS e 1.958.265-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13/12/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1125) (Info 799).

## EXERCÍCIOS

**Julgue os itens a seguir:**

- 1) A antiguidade não pode ser utilizada como critério para escolha de um dos candidatos que integram a lista tríplice de promoção por merecimento da Defensoria Pública Estadual. ( )
- 2) O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. ( )
- 3) O prazo prescricional aplicável à pretensão de reembolso de despesas efetuadas por condômino com a manutenção da coisa em estado de indivisão é decenal pelo Código Civil de 2002 (art. 205) e vintenário pelo Código Civil de 1916. ( )
- 4) A imprescritibilidade se aplica às ações em que se pretende a responsabilização direta do agente público que praticou ato de tortura durante o regime militar. ( )
- 5) Ao disponibilizar uma plataforma virtual para acesso direto, pessoal e exclusivo pelo investidor de caráter informativo a respeito de seus investimentos, a Bolsa de Valores não fornece serviços diretamente para o consumo do investidor, estabelecendo com ele relação jurídica autônoma de consumo, regida pelo CDC. ( )
- 6) Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados, em regra, com observância dos limites percentuais e da ordem de gradação da base de cálculo estabelecida pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015, sendo subsidiária a aplicação do art. 85, § 8º, do CPC/2015, apenas possível na ausência de qualquer das hipóteses do § 2º do mesmo dispositivo. ( )
- 7) É possível a determinação judicial à Fazenda Pública de adoção da prática jurisprudencial da execução invertida no cumprimento de sentença em procedimento comum. ( )
- 8) A utilização de simulacro de arma configura a elementar grave ameaça do tipo penal do roubo, subsumindo à hipótese legal que veda a substituição da pena. ( )
- 9) O fato de o minério estar localizado em propriedade particular ou em zona rural municipal afasta a dominialidade federal do bem e a tipicidade prevista no art. 2º da Lei n. 8.176/1991 (usurpação mineral). ( )
- 10) É inidônea a pronúncia fundamentada exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos colhidos no inquérito sem confirmação na fase judicial. ( )
- 11) O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva. ( )

*Gabarito*

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