

Informativo comentado: Informativo 761-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

- *Ausente a efetiva mudança de residência para a sede do CNJ, e findo o seu mandato junto a esse mesmo Conselho, o magistrado não fará jus à ajuda de custo para despesas de retorno ao seu domicílio funcional de origem.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

CONCEITO DE CONSUMIDOR

- *Não há relação de consumo em contrato de seguro de responsabilidade civil de conselheiros, diretores e administradores de sociedade empresária (Seguro RC D&O).*

CONTRATOS BANCÁRIOS

- *Não é possível o ajuizamento de nova demanda para restituição de quantia paga a título de juros remuneratórios incidentes sobre tarifas consideradas abusivas em ação de repetição de indébito julgada procedente e transitada em julgado.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

- *Há condenação em honorários advocatícios de sucumbência no procedimento de jurisdição voluntária?*

INTIMAÇÃO

- *É válida a intimação realizada em nome de advogado constituído nos autos se os poderes a ele outorgados tiverem sido substabelecidos com reserva.*

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

- *Se a sentença foi proferida ainda na vigência do CPC/1973, a condenação em honorários advocatícios devem seguir as regras previstas neste diploma.*
- *É possível que o advogado, no cumprimento de sentença no qual está cobrando os honorários advocatícios sucumbenciais, consiga a penhora de parte dos valores depositados, na ação de conhecimento, como caução (contracautela) pela parte contrária ao seu cliente.*

AÇÃO RESCISÓRIA

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

MANDADO DE SEGURANÇA

- *É possível desistir do mandado de segurança, sem aquiescência da autoridade coatora, mesmo após sentença de mérito contrária ao impetrante, desde que antes do trânsito em julgado.*

DIREITO PENAL

DOSIMETRIA DA PENA

- *A atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com qualificadora do motivo fútil deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANPP

- *O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, mas desde que ainda não tenha sido recebida a denúncia.*

COMPETÊNCIA

- *Compete à Justiça Federal julgar falas de cunho homofóbico divulgadas em perfis abertos do Facebook e do Youtube.*
- *Competência no caso da Operação Hemorragia.*

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

- *Se o Ministério Público não comparece na audiência para a oitiva de testemunhas da acusação, o magistrado não pode formular perguntas diretamente a estas porque estaria assumindo a função precípua do Parquet.*

EMENDATIO LIBELLI (SENTENÇA)

- *Em caso de emendatio libelli é desnecessário o aditamento à denúncia.*

EXECUÇÃO PENAL

- *A pena integralmente cumprida não interfere nos cálculos de benefícios em nova execução penal.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

- *A indenização correspondente à variação do preço da participação acionária e das bonificações são indenizações a título de lucros cessantes correspondentes ao ganho de capital e devem ser tributadas pelo Imposto de Renda.*
- *É possível a dedução dos juros sobre o capital próprio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ainda que seja de exercícios anteriores; isso porque a legislação não impõe limitação temporal para a dedução de juros sobre capital próprio de exercícios anteriores.*

ISS

- *Mesmo que uma sociedade de advogados seja especializada nas atividades de arbitragem, isso não serve para descaracterizar sua natureza de sociedade uniprofissional, podendo ela ser beneficiada pelo regime especial de recolhimento do ISS previsto no DL 406/68.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

Ausente a efetiva mudança de residência para a sede do CNJ, e findo o seu mandato junto a esse mesmo Conselho, o magistrado não fará jus à ajuda de custo para despesas de retorno ao seu domicílio funcional de origem

Baixa relevância para concursos

ODS 16

O direito à ajuda de custo para despesas de transporte e mudança pressupõe que o magistrado, no interesse da Administração, tenha se deslocado a serviço para exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente.

No caso concreto, o Juiz do Trabalho vinculado ao TRT da 12ª Região foi nomeado como Conselheiro do CNJ. Ele, contudo, efetuou mudança de domicílio para Brasília (DF), mas sim para o Município de Vargem Grande Paulista (SP), restando caracterizado tratar-se de escolha pessoal, não havendo previsão para pagamento de ajuda de custo nesta hipótese, porque a lei exige que a mudança tenha sido feita em atendimento ao interesse público.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.819.105-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 29/11/2022 (Info 761).

A situação concreta foi a seguinte:

José, Juiz do Trabalho, foi removido da 2ª Vara do Trabalho de Criciúma para a 3ª Vara do Trabalho de Blumenau, em fevereiro de 2011, ocasião em que se mudou com sua família para a nova cidade. Naquela oportunidade, recebeu ajuda de custo do Tribunal.

Em maio de 2011, o TST aprovou a indicação de José para o cargo de Conselheiro do CNJ, para o mandato de 2011 a 2013. O exercício de tal cargo exigia a presença semanal em Brasília.

Após a posse no novo cargo, José não tinha mais como continuar morando em Blumenau, pois o aeroporto mais próximo para voos de carreira ficava a cerca de 60 quilômetros do local, que não possuía voos diretos para Brasília. José decidiu se mudar para Vargem Grande Paulista (SP), em razão do custo de vida e da proximidade com os aeroportos. Além disso, alugou um flat em Brasília.

Como no início de 2011, José recebeu ajuda de custo para se mudar para Blumenau, não poderia receber novamente em razão do novo cargo, considerando que o CNJ limita tal benefício (uma única ajuda de custo para as mudanças ocorridas no prazo de 12 meses).

O mandato como Conselheiro no CNJ terminou em agosto de 2013.

O juiz alugou um flat em Blumenau para reassumir as atividades jurisdicionais na 3ª Vara do Trabalho, enquanto a família permaneceu em São Paulo, em razão do período escolar.

Durante o ano de 2014, José viajava quinzenalmente para São Paulo e tirou quatro períodos de férias para ficar com a família.

Em 2015, a família de José voltou para Blumenau.

José requereu ao TRT/SC o recebimento de ajuda de custo para a mudança, com fundamento do art. 65, I, da LOMAN e no art. 53 da Lei nº 8.112/90:

Art. 65. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
(...)

Art. 53. A ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente, vedado o duplo pagamento de indenização, a qualquer tempo, no caso de o cônjuge ou companheiro que detenha também a condição de servidor, vier a ter exercício na mesma sede.
§ 1º Correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais.

§ 2º À família do servidor que falecer na nova sede são assegurados ajuda de custo e transporte para a localidade de origem, dentro do prazo de 1 (um) ano, contado do óbito.

§ 3º Não será concedida ajuda de custo nas hipóteses de remoção previstas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 36.

O pedido foi negado, com o fundamento de que caberia ao CNJ custear a mudança. A ajuda de custo também foi negada pelo TST e pelo CNJ.

José propôs ação contra a União Federal. Requereu que fosse declarado seu direito à ajuda de custo, condenando-se a União ao pagamento de três remunerações mensais em seu benefício.

Os pedidos foram julgados improcedentes, sentença mantida pelo TRF.

Inconformado, o autor interpôs recurso especial.

O STJ concordou com o pedido? O recurso do autor foi provido?

NÃO.

Diante da ausência de regulamentação do art. 65 da LOMAN, que prevê o pagamento de ajuda de custo aos magistrados, é possível a aplicação subsidiária dos arts. 53 a 57 da Lei nº 8.112/90.

O direito à ajuda de custo para despesas de transporte e mudança pressupõe que o magistrado, no interesse da Administração, tenha se deslocado a serviço para exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente.

Como se extrai do caput do art. 53 da Lei nº 8.112/90, o pagamento da ajuda de custo será devido mediante o preenchimento dos seguintes pressupostos:

- a) quando, no interesse do serviço, o servidor passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente;
- b) não houver pagamento de idêntica indenização ao cônjuge ou companheiro que também detenha a condição de servidor e que vier a ter exercício na mesma sede.

No caso, o Tribunal de origem em nenhum momento condicionou o pagamento da ajuda de custo à sua mudança para Brasília/DF, sede do Conselho Nacional de Justiça.

A pretensão autoral foi julgada improcedente sob o fundamento de que o primeiro requisito legal não teria sido preenchido, na medida em que sua noticiada mudança de domicílio de Blumenau (SC) para Vargem Grande Paulista/SP (local, portanto, diverso da sede do CNJ), sob o pretexto de facilitar seu deslocamento e exercício no cargo de Conselheiro, resultou de escolha pautada em razões de natureza unicamente pessoal, hipótese não albergada pelo art. 53 da Lei nº 8.112/90.

Em suma:

Ausente a efetiva mudança de residência para a sede do CNJ, e findo o seu mandato junto a esse mesmo Conselho, o magistrado não fará jus à ajuda de custo para despesas de retorno ao seu domicílio funcional de origem.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.819.105-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 29/11/2022 (Info 761).

DIREITO DO CONSUMIDOR

CONCEITO DE CONSUMIDOR

Não há relação de consumo em contrato de seguro de responsabilidade civil de conselheiros, diretores e administradores de sociedade empresária (Seguro RC D&O)

ODS 16

No Seguro RC D&O a empresa ou os próprios administradores contratam a seguradora para que ela arque com o pagamento das indenizações caso o administrador seja responsabilizado por algum ato praticado durante a sua gestão.

Esse tipo de seguro constitui instrumento de preservação do patrimônio individual dos que atuam em cargos de direção (segurados), o que acaba por incentivar gestões corporativas inovadoras e mais flexíveis, as quais ficariam comprometidas ou engessadas com a possibilidade sempre reinante de responsabilização civil ou de abertura de processo administrativo sancionador na CVM.

Desse modo, esse contrato beneficia diretamente a atividade fim da pessoa jurídica, protegendo e incentivando seus gestores a atuar em prol dos seus interesses.

Logo, não se aplica o CDC porque a sociedade empresária segurada não atua como destinatária final do seguro, utilizando a proteção securitária como insumo para suas atividades e para alcançar melhores resultados societários.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.926.477-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/10/2022 (Info 761).

Seguro de responsabilidade civil D&O

Administrar uma empresa de grande porte não é uma tarefa fácil nem segura. Muitas vezes, o administrador toma determinadas decisões que podem, não propositalmente, causar prejuízos a terceiros ou à própria empresa. Nestes casos, as pessoas prejudicadas podem processar o administrador exigindo o pagamento de uma indenização. Algumas vezes esses processos são instaurados por órgãos de fiscalização, como a CVM.

Em virtude disso, é comum que a empresa ou os próprios administradores façam um contrato de seguro por meio do qual pagam um prêmio à seguradora e esta se compromete a arcar com o pagamento da indenização caso o administrador seja responsabilizado por algum ato praticado durante a sua gestão. Alguns desses contratos preveem que a seguradora irá, inclusive, arcar com os custos da defesa do administrador no processo (advogado, custas processuais etc.).

Essa espécie de seguro é conhecida como D&O, abreviatura de *Directors and Officers Insurance*, expressão inglesa que poderia ser traduzida como “seguro para diretores e administradores”.

Dessa forma, o RC D&O é um tipo de seguro feito por grandes executivos (exs: CEOs) por meio do qual a seguradora assume os custos caso eles sejam responsabilizados por algum ato culposo praticado durante a gestão da empresa.

Esse tipo de seguro constitui instrumento de preservação do patrimônio individual dos que atuam em cargos de direção (segurados), o que acaba por incentivar gestões corporativas inovadoras e mais flexíveis, as quais ficariam comprometidas ou engessadas com a possibilidade sempre reinante de responsabilização civil ou de abertura de processo administrativo sancionador na CVM. Além disso, a natureza dúplice desse seguro também favorece a própria empresa tomadora do seguro e seus acionistas, pois o patrimônio social poderá ser ressarcido de eventuais prejuízos sofridos em razão de condutas faltosas de seus administradores.

Feito esse esclarecimento, imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa Alfa S.A. contratou uma apólice de seguro de responsabilidade civil para seus administradores com a Itaú Seguros S.A, com o objetivo de indenizar os gestores da empresa na hipótese de serem responsabilizados pessoalmente por danos involuntários causados a terceiros, no exercício do cargo/função. Em outras palavras, a empresa contratou um seguro RC D&O.

Havendo alguma divergência com a seguradora, será possível que a contratante invoque, em seu favor, o Código de Defesa do Consumidor? Vamos imaginar, por exemplo, que a Alfa ajuíze ação contra a seguradora alegando que uma das cláusulas deste contrato seria abusiva porque violaria o art. 51 do CDC. Isso é possível? Há relação de consumo no contrato de seguro RC D&O?
NÃO.

Teoria finalista

O art. 2º do CDC prevê o seguinte:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Em regra, a jurisprudência do STJ afirma que o art. 2º deve ser interpretado de forma restritiva e que deve ser considerado destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Com isso, em regra, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço (Min. Nancy Andrighi).

Para ser considerada uma relação de consumo, o bem ou serviço não pode ter sido adquirido com finalidade lucrativa ou para integrar a cadeia de produção (atividade negocial).

Essa é a aplicação da concepção finalista.

Teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada

Embora consagre o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre os adquirentes e os fornecedores em que, mesmo o adquirente utilizando os bens ou serviços para suas atividades econômicas, fique evidenciado que ele apresenta vulnerabilidade frente ao fornecedor. Diz-se que isso é a teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada.

Em suma, a teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada consiste na possibilidade de se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa, mesmo sem ter adquirido o produto ou serviço como destinatária final, possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade. Deixa-se de analisar se o adquirente do produto ou serviço é o destinatário fático ou econômico, para se prestigiar o exame da vulnerabilidade no caso concreto, isto é, se existe, na hipótese analisada, evidente superioridade de uma das partes da relação jurídica capaz de afetar substancialmente o equilíbrio da relação.

A análise da vulnerabilidade do suposto consumidor deve ser feita de acordo com os aspectos técnico, jurídico, fático ou informacional da relação.

Existe relação de consumo no seguro empresarial?

Há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica contrata a proteção do próprio patrimônio, com destinação pessoal, sem o integrar aos produtos ou serviços que oferece, pois, nessa hipótese, atuaria como destinatária final dos serviços securitários:

O seguro contratado por pessoa jurídica para proteção do seu patrimônio está submetido às regras protetivas do CDC.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.943.335/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 14/12/2021.

Contudo, no caso específico do seguro de responsabilidade civil de conselheiros, diretores e administradores de sociedade empresárias (Seguro RC D&O) o seu objeto é diverso daquele relativo ao seguro patrimonial da pessoa jurídica.

No Seguro RC D&O, busca-se garantir o risco de eventuais prejuízos causados em consequência de atos ilícitos culposos praticados por executivos durante a gestão da sociedade, de suas subsidiárias e de suas coligadas.

Essa modalidade de seguro, como vimos, constitui um instrumento capaz de preservar o patrimônio particular dos administradores, fomentando gestões corporativas arrojadas e empreendedoras, as quais poderiam não acontecer caso houvesse a possibilidade de responsabilização pessoal delas decorrente.

Portanto, fica clara a ausência de relação consumerista estabelecida na hipótese de contratação do Seguro RC D&O por sociedade empresária, sobretudo por beneficiar diretamente a atividade fim da pessoa jurídica, protegendo e incentivando seus gestores a atuar em prol dos seus interesses.

Relevante assinalar que na maioria dos contratos dessa espécie de seguro é a própria sociedade empresária que contrata a proteção para seus gestores, como um claro incentivo a sua atuação inovadora e, em última análise, sendo um insumo à sua atividade.

Sendo assim, considerar a seguradora como hipossuficiente técnica não se mostra plausível, principalmente quando levadas em conta as atividades por ela exercidas e o seu porte econômico, possuindo assessoria e consultoria adequadas para a celebração de contratos de tamanha monta.

Em suma:

Não há relação de consumo em contrato de seguro de responsabilidade civil de conselheiros, diretores e administradores de sociedade empresária (Seguro RC D&O).

STJ. 3ª Turma. REsp 1.926.477-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/10/2022 (Info 761).

CONTRATOS BANCÁRIOS

Não é possível o ajuizamento de nova demanda para restituição de quantia paga a título de juros remuneratórios incidentes sobre tarifas consideradas abusivas em ação de repetição de indébito julgada procedente e transitada em julgado

Assunto já apreciado no Info 733-STJ

ODS 16

A eficácia preclusiva da coisa julgada impede a apreciação de questões deduzidas e dedutíveis, ainda que não tenham sido examinadas, desde que atinentes à mesma causa de pedir.

Caso concreto: a parte autora ajuizou a primeira ação pedindo a devolução em dobro de todos os valores pagos com as tarifas declaradas nulas. Nessa ação é possível concluir que o pleito abarcou também os encargos incidentes sobre as respectivas tarifas. Se a parte eventualmente esqueceu de deduzir, de forma expressa, a pretensão de ressarcimento dos juros remuneratórios que incidiram sobre as tarifas declaradas nulas na primeira ação, não poderá propor nova demanda com essa finalidade, sob pena de violação à coisa julgada.

O acessório (juros remuneratórios incidentes sobre a tarifa) segue o principal (valor correspondente à própria tarifa), razão pela qual o pedido de devolução de todos os valores pagos referentes à tarifa nula abrange, por dedução lógica, a restituição também dos respectivos encargos, sendo incabível, portanto, nova ação para rediscutir essa matéria.

Desse modo, a declaração de ilegalidade de tarifas bancárias, com a consequente devolução dos valores cobrados indevidamente, em ação ajuizada anteriormente com pedido de forma ampla, faz coisa julgada em relação ao pedido de repetição de indébito dos juros remuneratórios incidentes sobre as referidas tarifas.

A eficácia preclusiva da coisa julgada impede a apreciação de questões deduzidas e dedutíveis, ainda que não tenham sido examinadas, desde que atinentes à mesma causa de pedir.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.989.143-PB, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 6/12/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João celebrou contrato de financiamento bancário com uma instituição financeira. Em palavras mais simples, ele tomou empréstimo com o banco.

Um tempo depois, o consumidor percebeu que foram embutidos no contrato algumas tarifas indevidas. Ele ajuizou ação questionando essas tarifas. Na petição inicial, João pediu para que o banco fosse condenado a “restituir, em dobro, o valor das tarifas indevidamente exigidas, corrigidas monetariamente mais juros legais a partir da data do efetivo prejuízo”.

O juiz julgou o pedido procedente e houve o trânsito em julgado.

Três anos depois, o autor ingressou com nova ação contra o banco, dessa vez pedindo a declaração da ilegalidade da cobrança dos juros contratuais incidentes sobre as tarifas declaradas nulas na primeira ação. Explicando melhor. Após ser condenada na primeira ação, a instituição financeira devolveu o valor principal das tarifas declaradas ilegais. No entanto, não houve condenação e, portanto, não houve devolução dos juros correspondentes a tais encargos.

Nesta segunda ação, João pediu que a instituição financeira fosse condenada a devolver esses juros.

Em contestação, o banco réu arguiu a coisa julgada, sob o argumento de que o pedido formulado agora já estaria englobado na primeira ação.

A questão chegou até o STJ. O Tribunal acolheu a argumentação do banco?

SIM.

O autor ajuizou a primeira ação pedindo a devolução em dobro de todos os valores pagos com as tarifas declaradas nulas. Nessa primeira ação é possível concluir que o pleito abarcou também os encargos incidentes sobre as respectivas tarifas.

Se a parte autora eventualmente esqueceu de deduzir, de forma expressa, a pretensão de ressarcimento dos juros remuneratórios que incidiram sobre as tarifas declaradas nulas na primeira ação, não poderá propor nova demanda com essa finalidade, sob pena de violação à coisa julgada.

O acessório (juros remuneratórios incidentes sobre a tarifa) segue o principal (valor correspondente à própria tarifa), razão pela qual o pedido de devolução de todos os valores pagos referentes à tarifa nula abrange, por dedução lógica, a restituição também dos respectivos encargos, sendo incabível, portanto, nova ação para rediscutir essa matéria.

O STJ decidiu que:

A eficácia preclusiva da coisa julgada impede a apreciação de questões deduzidas e dedutíveis, ainda que não tenham sido examinadas, desde que atinentes à mesma causa de pedir.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.989.143-PB, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 6/12/2022 (Info 761).

No caso, em ambas as ações, o autor pretendia a repetição em dobro de valores pagos indevidamente em razão da incidência de tarifas bancárias abusivas (Tarifa de Abertura de Crédito - TAC e Tarifa de Emissão de Carnê - TEC) com base nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos.

O fato de, em primeira demanda, o autor pleitear a restituição em dobro de valor que alega ter sido cobrado indevidamente e na segunda pedir especificamente que seja restituído, em dobro, pelo cobrado em obrigações acessórias referentes as mesmas tarifas, não é suficiente para autorizar a conclusão de que se trata de lide diversa, pois a causa de pedir (próxima e remota) das duas demandas é a mesma.

Trata-se de pedido reeditado, fundado no mesmo fato jurídico, em que se ampara o ajuizamento da primeira demanda, qual seja, a ilegalidade da cobrança das tarifas "TAC" e "TEC".

A quantia cobrada a título de juros remuneratórios incidentes sobre as tarifas declaradas nulas, além de ser acessória do principal (valor pago a título das referidas tarifas) discutido na primeira ação ajuizada, também faz parte do montante total cobrado indevidamente em razão da incidência das tarifas declaradas ilegais.

Assim, a discussão acerca da quantia paga a título de juros remuneratórios deveria ter sido levantada pelo autor na primeira demanda, pois está contida no pedido formulado no referido processo, no qual buscou restituir o montante cobrado indevidamente em razão da aplicação das tarifas "TAC" e "TEC".

O valor que o autor busca restituir na segunda demanda foi, como a própria parte alega, pago em razão da ilegalidade das tarifas declaradas ilegais na primeira demanda, que determinou a restituição do montante cobrado indevidamente, razão pela qual cabia à parte pleitear e discutir a repetição do montante total cobrado indevidamente na primeira ação ajuizada, não sendo possível propor nova demanda se deixou de pedir a restituição de acessório relacionado a determinada quantia.

Na hipótese, o pedido formulado nas ações em cotejo, cuja extensão se alega diferir entre si, encontra-se baseado nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos, verificando-se, portanto, a tríplice identidade entre as demandas.

Esse assunto, envolvendo a mesma instituição financeira e o mesmo contrato, mas com consumidores diferentes, já foi julgado diversas vezes pelo STJ:

A declaração de ilegalidade de tarifas bancárias, com a consequente devolução dos valores cobrados indevidamente, em ação ajuizada anteriormente com pedido de forma ampla, faz coisa julgada em relação ao pedido de repetição de indébito dos juros remuneratórios incidentes sobre as referidas tarifas.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.899.115-PB, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 05/04/2022 (Info 733).

(...) 1. Cinge-se a controvérsia a definir se a declaração de ilegalidade de tarifas bancárias ("TAC" e "TEC"), com a consequente devolução dos valores cobrados indevidamente, determinada em ação anteriormente ajuizada no âmbito do Juizado Especial Cível, forma coisa julgada em relação ao pedido de repetição de indébito dos juros remuneratórios incidentes sobre as referidas tarifas.

2. Nos termos do art. 337, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Civil de 2015, "uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido", sendo que "há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado".

3. Na hipótese, da forma como o autor formulou o pedido na primeira ação, já transitada em julgado e que tramitou perante o Juizado Especial Cível, consignando expressamente que buscava a devolução em dobro de todos os valores pagos com as tarifas declaradas nulas, inclusive os "acréscimos referentes às mesmas", é possível concluir que o pleito abarcou também os encargos incidentes sobre as respectivas tarifas, da mesma forma em que se busca na ação subjacente, havendo, portanto, nítida identidade entre as partes, a causa de pedir e o pedido, o que impõe o restabelecimento da sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, em razão da existência de coisa julgada, a teor do disposto no art. 485, inciso V, do CPC/2015.

4. Recurso especial provido.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.899.801/PB, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/8/2021.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Há condenação em honorários advocatícios de sucumbência no procedimento de jurisdição voluntária?

ODS 16

No procedimento de jurisdição voluntária, em regra, não há litígio. Como não há litígio, não há, em regra, condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

O vetor primordial que orienta a imposição ao pagamento de verba honorária sucumbencial é o fato da derrota na demanda, cujo pressuposto é a existência de litigiosidade, a qual, em regra, não há em procedimento de jurisdição voluntária.

Vale ressaltar, contudo, que, no procedimento de jurisdição voluntária, pode surgir litígio, mudando-se, neste caso, a aplicação de princípios, que passam a ser os mesmos da jurisdição contenciosa, admitindo-se, inclusive, a reconvenção. Nesta hipótese passa a ser possível, em tese, a condenação em honorários advocatícios.

Em procedimento de jurisdição voluntária, quando a parte ré concorda com o pedido formulado na inicial, mas formula pedido autônomo:

I) se o Juiz não admitir o pedido autônomo como reconvenção e julgar apenas a pretensão autoral, não serão devidos honorários de sucumbência;

II) se o Juiz admitir o pedido autônomo como reconvenção e julgar ambas as pretensões, serão devidos honorários de sucumbência apenas na reconvenção e desde que configurado litígio quanto à pretensão reconvenicional.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.028.685-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/11/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João faleceu e deixou três filhos, seus únicos herdeiros: Ricardo, Vanessa e Roberta.

Como herança, o falecido deixou um prédio residencial.

Como o imóvel estava alugado e rendia frutos decorrentes do aluguel, os herdeiros optaram por não vendê-lo. Isso significa que o imóvel ficou pertencendo aos três, em condomínio (33,3333% para cada um).

Vale ressaltar que administrar este prédio residencial era trabalhoso. Isso porque ele possuía unidades autônomas que eram alugadas para terceiros. Assim, era necessário cobrar o aluguel, fazer manutenção das áreas comuns, contratar funcionários etc.

Ricardo ficou administrando esse imóvel durante dois anos.

Ocorre que houve desentendimento com as irmãs.

Segundo elas, Ricardo nunca prestava contas de nada e agia como se elas não fossem donas também. Segundo ele, as irmãs nunca se interessaram em administrar, de forma que teve que arcar com todo o trabalho e custos.

Diante desse cenário, Ricardo ajuizou ação de extinção de condomínio e alienação de coisa comum em face das duas irmãs, nos termos do art. 1.320 do Código Civil:

Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.
(...)

Na petição inicial da ação, Ricardo relatou que somente ele trabalhou, que as irmãs nunca fizeram nada em prol do imóvel e, após essa narrativa, pediu unicamente que o prédio fosse vendido, com o dinheiro repartido entre os três, na forma do art. 1.322 do CC:

Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.
(...)

Essa ação se trata de procedimento de jurisdição voluntária.

No procedimento de jurisdição voluntária, em regra, não há litígio e, consequentemente, não há condenação em honorários advocatícios

No procedimento de jurisdição voluntária, em regra, não há litígio. Como não há litígio, não há, em regra, condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Vale ressaltar, contudo, que, no procedimento de jurisdição voluntária, **pode surgir litígio**, mudando-se, neste caso, a aplicação de princípios, que passam a ser os mesmos da jurisdição contenciosa (STJ. 3ª Turma. REsp 1.453.193/DF, DJe 22/8/2017).

Surgindo litígio, passa a ser possível também a condenação em honorários advocatícios de sucumbência. Assim, existindo litigiosidade no procedimento de jurisdição voluntária, fica excepcionada a regra de não cabimento de condenação em honorários advocatícios (STJ. 3ª Turma. REsp 1.924.580/RJ, DJe 25/6/2021). Importante frisar que, segundo o STJ, não é qualquer atitude da parte no processo que caracteriza litigiosidade, sendo necessário, para tanto, haver inequívoca resistência à pretensão deduzida na inicial.

É possível haver pedido reconvenicional em procedimento de jurisdição voluntária?

SIM. Havendo a transmutação do procedimento especial de jurisdição voluntária em verdadeiro processo de jurisdição contenciosa, a ele devem ser aplicados os seus princípios, admitindo-se a reconvenção (STJ. 3ª Turma. REsp 1.453.193/DF, DJe 22/8/2017).

Voltando ao caso hipotético

Ricardo ajuizou a ação.

A partir daí, podemos imaginar quatro cenários diferentes:

Cenário 1

As irmãs apresentaram resposta alegando que concordam com a venda, sem formular nenhum pedido. Neste caso, o juiz irá autorizar a venda, não havendo condenação em honorários de sucumbência.

Cenário 2

As irmãs apresentaram resposta alegando que concordam com a venda. No entanto, além disso, elas afirmam que o autor nunca deixou que elas tivessem acesso a nenhuma informação sobre o imóvel, sobre os inquilinos que nele residem e o valor arrecadado.

Diante disso, pedem que o autor seja condenado a prestar contas de todos os valores recebidos durante esses dois anos.

O juiz não admite esse pedido autônomo como reconvenção e julga apenas o pedido do autor, autorizando a venda.

Neste caso, também não haverá condenação em honorários de sucumbência.

Cenário 3

As irmãs apresentaram resposta alegando que concordam com a venda. No entanto, além disso, elas afirmam que o autor nunca deixou que elas tivessem acesso a nenhuma informação sobre o imóvel, sobre os inquilinos que nele residem e o valor arrecadado.

Diante disso, elas pedem que o autor seja condenado a prestar contas de todos os valores recebidos durante esses dois anos.

O juiz admite esse pedido autônomo como reconvenção e intima o autor para apresentar resposta (art. 343, § 1º do CPC).

O autor diz que concorda com o pedido reconvenicional e apresenta toda a prestação de contas exigida.

O juiz autoriza a venda e considera as contas prestadas.

Neste caso, também não haverá condenação em honorários de sucumbência.

Cenário 4

As irmãs apresentaram resposta alegando que concordam com a venda. No entanto, além disso, elas afirmam que o autor nunca deixou que elas tivessem acesso a nenhuma informação sobre o imóvel, sobre os inquilinos que nele residem e o valor arrecadado.

Diante disso, elas pedem que o autor seja condenado a prestar contas de todos os valores recebidos durante esses dois anos.

O juiz admite esse pedido autônomo como reconvenção e intima o autor para apresentar resposta (art. 343, § 1º do CPC).

O autor diz que não concorda com o pedido reconvenicional e não apresenta a prestação de contas exigida. O juiz autoriza a venda.

Se o magistrado julgar procedente o pedido reconvenicional e determinar que Ricardo preste contas, ele também condenará o autor ao pagamento de honorários de sucumbência.

Por outro lado, se o magistrado julgar improcedente o pedido reconvenicional por entender que Ricardo não está obrigado a prestar contas, ele condenará as requeridas/reconvintes ao pagamento de honorários de sucumbência.

Foi o que decidiu o STJ:

Em procedimento de jurisdição voluntária, quando a parte ré concorda com o pedido formulado na inicial, mas formula pedido autônomo:

I) se o Juiz não admitir o pedido autônomo como reconvenção e julgar apenas a pretensão autoral, não serão devidos honorários de sucumbência;

II) se o Juiz admitir o pedido autônomo como reconvenção e julgar ambas as pretensões, serão devidos honorários de sucumbência apenas na reconvenção e desde que configurado litígio quanto à pretensão reconvenicional.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.028.685-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/11/2022 (Info 761).

Na hipótese em exame, em ação de alienação de coisa comum, a parte ré, em resposta à petição inicial, manifestou concordância com a pretensão autoral, mas formulou pedido autônomo ao Juízo, consistente em determinar a parte autora a prestar contas da administração do imóvel.

Nesse contexto, para a hipótese em que há concordância com a pretensão autoral, mas a parte ré formula pedido autônomo nos autos, é preciso diferenciar as consequências em relação aos honorários em dois possíveis desdobramentos:

- I) quando o Juiz conhece do pedido autônomo como reconvenção e, ao final, profere sentença julgando tanto o pedido formulado na inicial, quanto a pretensão reconvenicional; e
II) quando o Juiz não admite o pedido autônomo formulado pela parte ré e julga apenas a pretensão autoral.

Em ambas as hipóteses não haverá condenação de honorários na ação principal, porque não houve resistência à pretensão autoral.

Se o pedido é autônomo, ele não caracteriza resistência à pretensão autoral, justamente por ser pretensão distinta que não influencia no julgamento dos pedidos formulados pelo autor. Assim, não forma litígio na ação principal e, por conseguinte, não enseja a condenação de pagar honorários sucumbenciais.

O que importa para haver condenação de honorários de sucumbência na ação principal é tão somente a existência de resistência à pretensão deduzida na inicial. O pedido autônomo, no máximo, pode ser conhecido como reconvenção, hipótese em que poderá haver fixação de honorários de sucumbência, mas em razão da pretensão reconvenicional, de forma independente.

Os honorários na reconvenção são independentes daqueles fixados na ação principal, independentes, inclusive, do resultado e da sucumbência desta (STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 2.010.556/SP, DJe 11/5/2022).

Com efeito, havendo a propositura de reconvenção, se houver resistência à pretensão reconvenicional, mediante resposta pela parte contrária, o julgamento dessa pretensão resultará em sucumbência de uma das partes e a consequente condenação do vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

INTIMAÇÃO

É válida a intimação realizada em nome de advogado constituído nos autos se os poderes a ele outorgados tiverem sido substabelecidos com reserva

Importante!!!

Atenção na prática forense

ODS 16

Caso hipotético: Regina ajuizou ação contra João. O advogado de Regina, constituído por procuração devidamente outorgada, era Paulo. Paulo fez um substabelecimento, com reserva, ao advogado Marcelo. Regina foi intimada para regularizar uma falha processual. Essa intimação foi feita em nome de Paulo, o advogado originário. Como Paulo não estava mais acompanhando esse processo, ele acabou não vendo a intimação. Regina recorreu alegando a nulidade da intimação porque feita em nome do seu antigo advogado, quando deveria ter sido realizada em nome do atual causídico.

A intimação foi válida. A intimação efetuada em nome de um dos advogados constituídos nos autos é válida quando o substabelecimento foi feito com reserva de poderes e não houve pedido expresso para publicação exclusiva em nome de um advogado específico.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.098.573-GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 14/11/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina ajuizou ação contra João.

O advogado de Regina, constituído por procuração devidamente outorgada, era Paulo.

O juiz julgou o pedido improcedente.

Regina interpôs apelação, que foi desprovida pelo Tribunal de Justiça.

Ainda inconformada, a autora interpôs recurso especial.

Como Paulo não atua em Brasília ele decidiu substabelecer, com reserva, a um outro colega seu (o advogado Marcelo, que mora na capital federal).

Substabelecimento

O substabelecimento é o ato por meio do qual o mandatário (chamado de substabelecete) transfere os poderes recebidos pelo mandante para outra pessoa (substabelecido).

O substabelecimento pode ser:

- com reserva de poderes: ocorre quando o substabelecete (procurador original) ainda continuar com poderes para agir em nome do mandante. Assim, na verdade, o substabelecimento com reserva de poderes significa apenas a inclusão do substabelecido. Ex: o advogado vai fazer uma viagem e faz um substabelecimento, com reserva de poderes, transferindo para um colega os poderes que tinha para representar o cliente a fim de que este novo advogado possa comparecer em uma audiência.
- sem reserva de poderes: ocorre quando o substabelecete (procurador original) abre mão dos poderes de agir em nome do mandante. O substabelecimento sem reserva de poderes significa a inclusão do substabelecido e a saída do substabelecete. O substabelecete não poderá mais praticar atos em nome do mandante. Ex: um advogado é aprovado para o concurso de juiz e faz um substabelecimento, sem reserva de poderes, transferindo para um colega, os poderes que tinha para representar o cliente.

Voltando ao caso hipotético:

O Ministro do STJ intimou Regina para, no prazo de 5 dias, regularizar uma falha processual.

Essa intimação foi feita em nome de Paulo, o advogado originário.

Como Paulo não estava mais acompanhando esse processo, ele acabou não vendo a intimação e nada foi feito.

Assim, passado o prazo sem que a irregularidade processual tenha sido sanada, o recurso especial não foi conhecido.

Regina interpôs agravo interno contra essa decisão alegando a nulidade da intimação porque feita em nome do seu antigo advogado (Paulo), quando deveria ter sido realizada em nome do atual causídico (Marcelo).

Esse argumento foi acolhido pelo STJ?

NÃO. Isso porque o advogado Paulo, que foi intimado, havia feito substabelecido com reserva de poderes ao advogado Marcelo. Logo, ele continuava com poderes para receber intimações.

Além disso, não houve pedido de publicação exclusiva em nome do advogado substabelecido (Marcelo).

Desse modo, a intimação feita em nome do advogado substabelecete foi válida.

A intimação efetuada em nome de um dos advogados constituídos nos autos é válida quando o substabelecimento for feito com reserva de poderes; e não houve pedido expresso para publicação exclusiva em nome de um advogado específico. Nesse sentido:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a intimação efetuada em nome de um dos advogados constituídos nos autos é válida quando o substabelecimento foi feito com reserva de poderes e não houve pedido expresso para publicação exclusiva em nome de um advogado específico. STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1.859.127/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 8/2/2021.

Em suma:

É válida a intimação realizada em nome de advogado constituído nos autos se os poderes a ele outorgados tiverem sido substabelecidos com reserva.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.098.573-GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 14/11/2022 (Info 761).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Se a sentença foi proferida ainda na vigência do CPC/1973, a condenação em honorários advocatícios devem seguir as regras previstas neste diploma

Assunto já apreciado no Info 756-STJ

ODS 16

A sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, de maneira que é indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos eventualmente interpostos.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.926.477-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/10/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2012, a empresa Alfa ajuizou ação de cobrança contra a seguradora.

Em 2013, o juiz julgou o pedido improcedente, condenando a empresa a pagar honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados por equidade, em R\$ 2.500,00.

Tanto a autora como a ré apelaram.

A autora apelou, reiterando os argumentos já contidos na inicial.

A ré apelou para que os honorários fossem majorados, tendo em vista o elevado valor da causa.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença.

Ambas as partes interpuseram recurso especial.

A seguradora afirmou que a fixação dos honorários advocatícios por equidade apenas pelo fato de o valor da causa ser elevado vai de encontro à jurisprudência do STJ fixada no Tema 1076. Nesta oportunidade, o STJ decidiu que, mesmo se o valor da causa ou o valor do proveito econômico forem elevados, os honorários advocatícios devem ser fixados segundo os percentuais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC, não sendo caso de fixação por equidade:

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).

Em 2022, o STJ julgou os recursos especiais interpostos. O STJ deu provimento ao recurso da seguradora? Deve ser reformado o acórdão para afastar a condenação por equidade?

NÃO.

Realmente, a seguradora está certa quando diz que a Corte Especial do STJ, no julgamento do Tema 1.076, firmou entendimento no sentido de que o juízo de equidade na fixação dos honorários advocatícios (art. 85, § 8º, do CPC/2015) incide apenas quando o valor da causa for muito baixo, ou quando o proveito econômico experimentado for irrisório ou inestimável.

Todavia, essa regra da atual legislação processual civil somente é aplicável aos casos em que a sentença tenha sido proferida já na vigência do CPC/2015.

A sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, de maneira que é indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos

recursos eventualmente interpostos, pois a lei aplicável para a fixação da verba honorária é aquela vigente na data da sentença ou da primeira decisão que a impõe.

Em suma:

A sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, de maneira que é indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos eventualmente interpostos.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.926.477-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/10/2022 (Info 761).

No mesmo sentido:

Aplicam-se as regras previstas no CPC/1973 para o arbitramento de honorários advocatícios quando a sentença tenha sido proferida na vigência deste diploma, ainda que este título judicial venha a ser reformado, com a inversão da sucumbência, na vigência do CPC/2015.

STJ. 4ª Turma. EDcl no AgInt no AREsp 674270-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 08/11/2022 (Info 756).

DOD PLUS – JULGADO CORRELATO

Em caso de sentenças prolatadas a partir de 18/03/2016, a condenação em honorários advocatícios deverá observar o CPC/2015

A sentença – ou o acórdão, no caso de competência originária dos tribunais – é o ato processual que representa o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios. Logo, é a sentença que deve ser considerada como o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado.

Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18/3/2016, as normas do novo CPC relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas. Isso se dá em homenagem à natureza híbrida dos honorários (processual e material) e também tem por objetivo preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, de sorte que as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1255986/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/03/2019 (Info 648).

Jurisprudência em Teses – Ed. 128

1) O marco temporal para a aplicação das normas do Código de Processo Civil de 2015, a respeito da fixação e da distribuição dos honorários de sucumbência, é a data da prolação de sentença/acórdão que as impõe.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

É possível que o advogado, no cumprimento de sentença no qual está cobrando os honorários advocatícios sucumbenciais, consiga a penhora de parte dos valores depositados, na ação de conhecimento, como caução (contracautela) pela parte contrária ao seu cliente

ODS 16

Caso adaptado: a empresa Delta Factoring levou a protesto uma duplicata cuja devedora era a empresa Alfa. A Alfa não concordou e ajuizou ação pedindo a sustação desse protesto e a declaração de nulidade do título de crédito.

Alfa depositou caução de R\$ 100 mil, a título de contracautela (art. 300, § 1º, do CPC). Ao final da tramitação, o juiz julgou o pedido improcedente, condenando a Alfa a pagar R\$ 10 mil de honorários advocatícios em favor do advogado da Delta Factoring (Dr. Paulo).

Paulo ingressou com cumprimento de sentença cobrando o valor dos honorários e pediu a penhora de parte da caução depositada pela Alfa a título de contracautela na ação de sustação de protesto. Essa penhora é possível.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.796.534-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa Delta Factoring levou a protesto uma duplicata cuja devedora era a empresa Alfa.

A Alfa não concordou e ajuizou ação pedindo a sustação desse protesto e a declaração de nulidade do título de crédito.

O juiz da Vara Cível proferiu decisão afirmando:

“Diante do alegado, que caracteriza ao menos indícios de 'periculum in mora' e de 'fumus boni iuris', concedo a liminar para o fim de suspender provisoriamente o protesto da duplicata de venda mercantil nº xxxx, no valor de R\$ xxxxx, protocolada no Tabelião de Protestos de Letras e Títulos de xxxx, mas mediante caução a ser prestada em 5 (cinco) dias, sob pena de revogação.”

Agiu corretamente o juiz? Para que seja concedida a sustação do protesto, o magistrado deve exigir do autor a prestação de caução?

SIM.

A legislação de regência estabelece que o documento hábil a protesto extrajudicial é aquele que caracteriza prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível. Portanto, a sustação de protesto de título, por representar restrição a direito do credor, exige prévio oferecimento de contracautela, a ser fixada conforme o prudente arbítrio do magistrado.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.340.236-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/10/2015 (Recurso Repetitivo – Tema 902) (Info 571)

Assim, para que o juiz conceda a liminar na ação cautelar de sustação de protesto, é necessário o preenchimento de três requisitos:

- a) *fumus boni iuris*: aparentemente, existem indícios de que a obrigação não existe ou o título apontado apresenta alguma irregularidade.
- b) *periculum in mora*: consiste na probabilidade de dano caso o protesto seja lavrado. Trata-se de requisito sempre presente, considerando que, sendo concluído o protesto, o nome do suposto devedor será incluído nos cadastros restritivos de proteção ao crédito.
- c) prestação de caução.

Previsão legal para a exigência da contracautela:

CPC/1973	CPC/2015
Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.	Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Voltando ao caso concreto:

A empresa Alfa depositou caução de R\$ 100 mil, a título de contracautela.

Ao final da tramitação, o juiz julgou o pedido improcedente, condenando a Alfa a pagar R\$ 10 mil de honorários advocatícios em favor do advogado da Delta Factoring (Dr. Paulo).

Houve o trânsito em julgado.

Paulo ingressou com cumprimento de sentença cobrando o valor dos honorários.

A Alfa não fez o pagamento voluntário, razão pela qual Paulo pediu para que o juiz determinasse a penhora de parte da caução depositada pela Alfa a título de contracautela na ação de sustação de protesto. Como vimos acima, a caução foi de R\$ 100 mil e Paulo pediu para penhorar o valor dos seus honorários (R\$ 10 mil), acrescido de multa, novos honorários de execução e juros.

O Tribunal de Justiça aceitou a penhora.

A Alfa aceitou e nem recorreu.

Por outro lado, a Delta Factoring, ex-cliente de Paulo, não concordou com o acórdão e, assistida por outro escritório de advocacia, interpôs recurso especial alegando que a importância depositada em caução já se acha vinculada ao seu pagamento.

A Delta argumentou que ainda que o valor caucionado não pertence mais à empresa vencida (Alfa) e sim a ela (Delta). Logo, não é cabível Paulo penhorar esse valor.

O STJ concordou com a Delta Factoring ou com Paulo? É possível a penhora, neste caso?

SIM. O STJ concordou com Paulo.

Na sistemática processual pátria, é certo que o instituto da caução, por vezes, é forma de viabilizar o exercício do direito de ação, ao mesmo tempo em que resguarda o direito da parte contrária e de seus procuradores de receberem as custas e os honorários sucumbenciais, caso seja essa última vencedora.

A obrigação de indenizar por dano causado por execução de tutela cautelar decorre dos ônus ou riscos inerentes à própria antecipação. Se a cautelar não se confirma devido à extinção do processo principal, surge o dever da parte de responder pelo prejuízo. Não importa se a cautelar era pertinente e se havia requisitos autorizadores para sua concessão.

Diante disso, há de se reconhecer a possibilidade de o advogado, para satisfação de seu crédito (horários sucumbenciais), penhorar valores caucionados pela parte adversa ao seu cliente como medida de contracautela, de natureza ressarcitória, especialmente porque estes são reservados à satisfação dos danos eventualmente causados à parte que suportou os efeitos da medida cautelar executada.

Em suma:

É possível que o advogado, no cumprimento de sentença no qual está cobrando os honorários advocatícios sucumbenciais, consiga a penhora de parte dos valores depositados, na ação de conhecimento, como caução (contracautela) pela parte contrária ao seu cliente.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.796.534-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

AÇÃO RESCISÓRIA

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

Importante!!!

ODS 16

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

O depósito prévio de que trata o art. 968, II, do CPC precisa ser obrigatoriamente em dinheiro.

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

Se a intenção do legislador fosse admitir outros meios, isso teria ficado mais claro, como foi feito, por exemplo, na redação do § 1º do art. 919 do CPC/2015.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.871.477-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ajuizou ação contra Pedro.

O pedido foi julgado improcedente, sentença mantida pelo Tribunal de Justiça.

Houve o trânsito em julgado.

João ainda estava inconformado e ajuizou ação rescisória no TJ.

Depósito prévio

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

a) declarada inadmissível; ou

b) julgada improcedente.

É o que prevê o art. 968, II, do CPC:

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

(...)

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

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

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

Voltando ao caso hipotético:

João ofereceu, como depósito prévio, um imóvel de sua propriedade.

A petição inicial foi indeferida pelo TJ sob o argumento de que o depósito prévio de que trata o art. 968, II, do CPC precisa ser obrigatoriamente em dinheiro.

Agiu corretamente o TJ?

SIM.

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

Se a intenção do legislador fosse admitir outros meios, isso teria ficado mais claro, como foi feito, por exemplo, na redação do § 1º do art. 919 do CPC/2015:

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.
(...)

Ressalta-se, por oportuno, que o legislador utilizou o vocábulo “importância” em outros dispositivos do CPC/2015, tais como: § 2º do art. 83; o art. 266; o § 1º do art. 524; o § 8º do art. 528; o § 2º do art. 833, entre outros. Em todas as ocasiões, exceto quando utilizada no sentido de relevância, o legislador emprega a referida palavra com o propósito de se referir a dinheiro em espécie. Em nenhum desses dispositivos se admite outros meios que não seja dinheiro.

Não há violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição

Essa forma de interpretação não viola o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Isso porque a ação rescisória ostenta caráter excepcionalíssimo sendo certo que já houve o acesso primário ao Poder Judiciário, assegurado pela Carta Magna, sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O que se busca na ação rescisória é desconstituir um processo já julgado e que também possui proteção constitucional no art. 5º, XXXVI, da CF/88 (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

Ademais, necessário ponderar que tal garantia restou devidamente protegida ante a inovação legislativa trazida pelo § 1º do art. 968 do CPC/2015, segundo o qual não se exige o referido depósito das partes que estiverem amparadas pelo manto da gratuidade de justiça, que não é o caso analisado:

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

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo;

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

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.

(...)

Nessas condições, impõe-se reconhecer que a exigência posta pelo legislador no art. 968, II, do CPC/2015, acerca do depósito ora em voga, seja inexoravelmente interpretada como dinheiro em espécie, a fim de salvaguardar a segurança jurídica e a natureza peculiar da demanda.

Em suma:

Em ação rescisória, o depósito prévio não pode ser realizado por outros meios senão em dinheiro.
STJ. 4ª Turma. REsp 1.871.477-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

MANDADO DE SEGURANÇA

É possível desistir do mandado de segurança, sem aquiescência da autoridade coatora, mesmo após sentença de mérito contrária ao impetrante, desde que antes do trânsito em julgado

Importante!!!

ODS 16

É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora, e a qualquer tempo, mesmo após sentença de mérito, desde que antes do trânsito em julgado, ainda que lhe seja desfavorável. O STF, no RE 669.367/RJ (Tema 530), firmou tese segundo a qual a desistência do mandado de segurança é prerrogativa da parte impetrante; pode ser manifestada a qualquer tempo, mesmo após o julgamento de mérito, desde que antes do trânsito em julgado; e sua homologação não depende da anuência da parte contrária.

STJ. 1ª Turma. DESIS nos EDcl no AgInt no REsp 1.916.374-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18/10/2022 (Info 761).

É possível que o impetrante desista do mandado de segurança impetrado mesmo sem a concordância da parte contrária?

SIM. É plenamente possível que o impetrante desista do mandado de segurança impetrado. Vale ressaltar que, para que haja a desistência do MS, não é necessária a concordância da parte adversa. Isso porque, no caso de mandado de segurança, não se aplica o art. 485, § 4º, do CPC/2015:

Art. 485 (...)

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

É possível que o impetrante desista do MS após já ter sido prolatada sentença de mérito?

SIM. O STF decidiu que a desistência do mandado de segurança é uma prerrogativa de quem o propõe e pode ocorrer a qualquer tempo, sem anuência da parte contrária e independentemente de já ter havido decisão de mérito, ainda que favorável ao autor da ação.

Vale ressaltar, contudo, que essa desistência deve ocorrer antes do trânsito em julgado. Isso porque não se desiste de um processo que já acabou.

É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, a qualquer momento antes do término do julgamento, mesmo após eventual sentença concessiva do 'writ' constitucional, não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC/1973.

STF. Plenário. RE 669367, Relatora p/ Acórdão Min. Rosa Weber, julgado em 02/05/2013 (Repercussão Geral - Tema 530)

Para o STF, o MS é uma ação conferida em benefício do cidadão contra o Estado e, portanto, não gera direito à autoridade pública coatora de ver o mérito da questão resolvido.

Se, no caso concreto, for constatada eventual má-fé do impetrante, esta deverá ser combatida mediante os instrumentos próprios previstos na lei processual. O que não se pode é, com base nisso, querer impedir o autor de desistir da ação.

Esse entendimento é adotado também pelo STJ?

SIM.

É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora, e a qualquer tempo, mesmo após sentença de mérito, desde que antes do trânsito em julgado, ainda que lhe seja desfavorável.

STJ. 1ª Turma. DESIS nos EDcl no AgInt no REsp 1.916.374-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18/10/2022 (Info 761).

O Supremo Tribunal Federal, no RE 669.367/RJ, firmou tese segundo a qual a desistência do mandado de segurança é prerrogativa da parte impetrante. Pode ser manifestada a qualquer tempo, mesmo após o julgamento de mérito, desde que antes do trânsito em julgado; e sua homologação não depende da anuência da parte contrária.

Nessa linha, o STJ tem homologado as desistências, mesmo após o julgamento de eventuais recursos pelo órgão colegiado. E, ainda, tem entendido que a desistência da ação não implica renúncia ao direito discutido, sendo incidente a regra processual que determina a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Retratação do pedido de desistência

Imagine que o impetrante peticione ao juiz afirmando que está desistindo do MS, mas depois se arrependa e decida voltar atrás, retratando-se da desistência.

A parte poderá retratar-se da desistência? Até que momento isso será possível?

SIM. A desistência da ação somente produz efeitos quando homologada por sentença (art. 200, parágrafo único, do CPC/2015).

Logo, é possível que o impetrante se retrate do pedido de desistência desde que o faça antes de o juiz homologar a desistência (STJ. 1ª Seção. AgRg no MS 18.448/DF, Min. Herman Benjamin, j. em 27/06/2012).

DOD QUESTÕES

Como o tema já foi cobrado em concursos:

☒ (Juiz de Direito Substituto - CESPE - TJAM - 2016) Não se admite que o impetrante desista da ação de mandado de segurança sem aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada, após prolação de sentença de mérito (errado).

DIREITO PENAL

DOSIMETRIA DA PENA

A atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com qualificadora do motivo fútil deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras

Importante!!!

Compare com o Info 745-STJ

A atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com a qualificadora do motivo fútil, que fora deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras no caso concreto. Isso, porque são circunstâncias igualmente preponderantes, já que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu (art. 67 do CP).

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.010.303-MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 14/11/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, por não aceitar o fim do relacionamento, ceifou a vida de Regina, sua ex-companheira, com vários tiros.

João foi denunciado por feminicídio, praticado por motivo fútil e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Desse modo, foram imputadas duas qualificadoras:

Art. 121. (...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

II - por motivo fútil;

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Em seu interrogatório, o réu confessou a autoria do crime, porém negou a incidência das qualificadoras. Disse que cometeu o crime por “ter perdido a cabeça e ficado transtornado” depois de ter sido provocado por Regina, que disse que “queria lhe ver morto, bem como que colocaria dentro de casa o homem que quisesse”.

Desse modo, João fez uma confissão qualificada.

A confissão qualificada ocorre quando o réu admite a prática do fato, no entanto, alega em sua defesa um motivo que excluiria o crime (parcialmente ou totalmente) ou o isentaria de pena. Ex: eu matei sim, mas foi em legítima defesa.

Ao final, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri, tendo os jurados reconhecido a presença das duas qualificadoras.

Dosimetria

Conforme já dito, foram reconhecidas duas qualificadoras:

- 1) motivo fútil;
- 2) feminicídio.

O juiz usou o “feminicídio” para qualificar o crime.

O motivo fútil, por outro lado, foi empregado na 2ª fase da dosimetria, como agravante prevista no art. 61, II, “a”, 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:

(...)

a) por motivo fútil ou torpe;

(...)

Isso é permitido?

SIM. A utilização de uma das qualificadoras do homicídio para exasperação da pena intermediária é plenamente cabível. Havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal (STJ. 5ª Turma. HC 402.851/SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 21/9/2017).

O magistrado ressaltou, ainda, que havia uma atenuante, qual seja, a confissão espontânea:

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III - ter o agente:

(...)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

(...)

Diante disso, o juiz, na segunda fase da dosimetria da pena, compensou o motivo fútil com a confissão espontânea, ou seja, uma “anulou” a outra.

Recurso do Ministério Público

O Ministério Público recorreu alegando que a confissão não poderia ter sido admitida como atenuante pelos seguintes motivos:

- Não se constituiu em baliza para elucidação dos fatos, pois o réu se manteve em silêncio perante a autoridade policial e perante toda a instrução processual;
- Houve confissão apenas em plenário, quando já produzidas provas robustas da autoria delitiva;
- Para reconhecimento da confissão espontânea, faz-se necessária a clara e integral admissão pelo acusado da prática do fato que lhe fora imputado, despida de ressalvas (o que não teria ocorrido). No caso, teria ocorrido a confissão qualificada (arguição em seu favor de excludente de ilicitude ou de culpabilidade), hipótese que não seria apta a autorizar a incidência da atenuante respectiva.

Os argumentos da acusação foram aceitos pelo STJ?

NÃO.

A confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena (STJ. 6ª Turma. HC 350.956/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 15/8/2016).

Nesse sentido:

Súmula 545-STJ: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.

Em se tratando de julgamento realizado perante o Tribunal do Júri, os jurados votam com a íntima convicção, não se podendo ter certeza se eles consideraram, ou não, a confissão, para formação do convencimento. Diante disso, o STJ firmou o entendimento de que é suficiente que a tese defensiva da confissão tenha sido debatida em plenário, seja arguida pela defesa técnica ou alegada pelo réu em seu depoimento (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.754.440/MT, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 8/3/2021). Assim, se a confissão foi alegada pela defesa técnica ou pelo réu no interrogatório e ele foi condenado, deverá essa circunstância ser considerada como atenuante.

Desse modo, a atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com a qualificadora do motivo fútil, que fora deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras.

A atenuante da confissão espontânea e a agravante do motivo fútil são circunstâncias igualmente preponderantes, “considerando que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu, conforme a dicção do art. 67 do CP” (STJ. 5ª Turma. HC 408.668/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 21/9/2017).

O tema é tratado pelo art. 67 do CP:

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Em suma:

A atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com qualificadora do motivo fútil deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.010.303-MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 14/11/2022 (Info 761).

DOD PLUS – NÃO CONFUNDIR COM O CASO DA DISSIMULAÇÃO:

No concurso entre agravantes e atenuantes, a atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da dissimulação, nos termos do art. 67 do Código Penal. STJ. 6ª Turma. HC 557.224-PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022 (Info 745).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANPP

O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, mas desde que ainda não tenha sido recebida a denúncia

Importante!!!

Assunto já apreciado no Info 683-STJ

ODS 16

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido pela Lei nº 13.924/2019, aplica-se retroativamente desde que não tenha havido o recebimento da denúncia.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.006.523-CE, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), julgado em 23/8/2022 (Info 761).

Acordo de não persecução penal (ANPP)

A Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime") inseriu o art. 28-A ao CPP, criando, no ordenamento jurídico pátrio, o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP).

Consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa (Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Confira a redação do texto legal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
(...)
§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

A norma que instituiu o ANPP é considerada uma norma penal ou processual penal?

As duas (híbrida).

As normas que tratam sobre o ANPP possuem natureza híbrida, ou seja, são normas de direito processual penal que, no entanto, também apresentam efeitos materiais (influenciam no direito penal).

Assim, a Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

As normas processuais são retroativas?

NÃO. As leis processuais possuem aplicação imediata (*tempus regit actum* - art. 2º do CPP), não retroagindo para alcançar fatos anteriores à sua vigência e regulando os atos processuais a serem realizados após entrar em vigor.

As normas penais são retroativas?

NÃO, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP).

Assim, temos o seguinte:

- Se a lei penal posterior é favorável ao réu: retroage.
- Se a lei penal posterior é contrária ao réu: não retroage.

E as normas híbridas?

As leis híbridas, como possuem reflexos penais, recebem o mesmo tratamento que as normas penais no que tange à sua aplicação no tempo.

Logo, as normas híbridas não retroagem, salvo se para beneficiar o réu.

Desse modo, a norma que instituiu o ANPP não retroage, salvo se for para beneficiar o réu.

A instituição do ANPP foi benéfica às pessoas suspeitas da prática de crimes?

SIM. Isso porque trouxe a possibilidade de se fazer um acordo e, caso o indivíduo o cumpra integralmente, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

O ANPP pode ser aplicado para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019?

SIM, mas desde que ainda não tenha sido recebida a denúncia:

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido pela Lei nº 13.924/2019, aplica-se retroativamente desde que não tenha havido o recebimento da denúncia.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.006.523-CE, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 23/8/2022 (Info 761).

Esse é o entendimento consolidado no STJ:

O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

STJ. 5ª Turma. HC 607.003-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/11/2020 (Info 683).

Considerada a natureza híbrida da norma e diante do princípio *tempus regit actum* em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal (ANPP) incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 642.819/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/11/2022.

STF

Essa é também a posição da 1ª Turma do STF sobre o tema:

O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

STF. 1ª Turma. HC 191464 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 11/11/2020.

GNCCRIM

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, manifestando-se pela Comissão Especial denominada GNCCRIM, editou o enunciado n. 20, que dispõe, *in verbis*: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

Doutrina

No mesmo sentido é a lição de Renato Brasileiro de Lima: “o acordo pode ser celebrado durante a fase investigatória, tendo como limite temporal o oferecimento da denúncia” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único* – 8ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 276).

DOD QUESTÕES

☒ (DPE/PR 2022) O acordo de não persecução penal é admitido para crimes cometidos antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019, desde que não tenha sido proferida sentença penal condenatória. (errado)

COMPETÊNCIA

Compete à Justiça Federal julgar falas de cunho homofóbico divulgadas em perfis abertos do Facebook e do Youtube

Importante!!!

0DS16

Compete à Justiça Federal processar e julgar o conteúdo de falas de suposto cunho homofóbico divulgadas na internet, em perfis abertos da rede social Facebook e na plataforma de compartilhamento de vídeos Youtube, ambos de abrangência internacional.

STJ. 3ª Seção. CC 191.970-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/12/2022 (Info 761).

A situação concreta foi a seguinte:

No dia 24/08/2021, durante uma aula de artes ministrada a alunos do 9º ano do ensino fundamental (alunos de 14 e 15 anos), em uma escola municipal de Criciúma/SC, um professor temporário da rede

municipal exibiu aos seus alunos o videoclipe da música “Etérea”, do cantor Criolo, que possui temática LGBTQIA+.

Essa aula foi gravada por um dos alunos presentes e o vídeo acabou se espalhando pelas redes sociais. O prefeito de Criciúma (SC), ao tomar conhecimento, divulgou publicação na rede social Facebook, em 25/08/2021, no qual afirmou, em vídeo, que não concordava com o conteúdo “erotizado” e com a “viadagem na sala de aula” e que, por essa razão, havia determinado a demissão do professor temporário. Na oportunidade, pediu aos pais dos alunos que denunciassem casos que considerassem inadequados. As falas foram assim transcritas:

“Então, pessoal. Retornando agora de Florianópolis, depois de um dia de muitos contatos na capital do Estado, e já estou determinando a imediata exoneração daquele professor que, em sala de aula, expôs ali um vídeo erotizado de forma inapropriada para os alunos da Rede Pública Municipal. Nós não permitimos, nós não toleramos. Está demitido este... Sei lá, este profissional. Nas escolas do Município isto não, enquanto eu estiver aqui de plantão, isto não vai acontecer, este tipo de atitude, este... Essa viadagem na sala de aula nós não concordamos. E se os pais souberem de algo parecido que foi exposto para os seus filhos, por favor, entre em contato com o Município de Criciúma que o professor será, ou profissional, que expôs, que apresentou este tipo de vídeo ou este tipo de comportamento inapropriado será exonerado de forma imediata sem chances de continuar sendo funcionário da Prefeitura de Criciúma. Tá bom, gente? Um abraço a todos.”

No dia seguinte, o prefeito deu entrevista à rádio, no qual comentou novamente o assunto. Ao ser indagado pelo apresentador sobre o que seria a expressão “viadagem”, o prefeito respondeu:

“É uma viadaagem mesmo! É isso mesmo, João. Pelo amor de Deus, tem que parar com essa viadaagem na sala de aula. Para com isso, vamos ensinar os bons costumes para as nossas crianças. Tantas coisas que nós temos que instruir os nossos meninos e as nossas meninas. Deixe que lá na frente, quando ele quiser tomar um outro caminho na vida sexual dele, ele que faça, se ele quiser seguir uma outra orientação sexual, ele que faça. Mas o papel do Estado, e nesse caso do Município, falo do Estado poder estatal, não é de instruir, não dizer que menino pode ser menina e que menina pode ser menino, isto não vai acontecer. Pronto e ponto. (...)”

Em razão dessas falas, o Ministério Público Estadual (MP/SC) requereu autorização ao TJ/SC para a instauração de procedimento investigatório criminal (PIC) para apurar a conduta do prefeito.

TJ/SC declinou para a Justiça Federal

Após analisar o pedido, o Desembargador Relator declinou da competência para a Justiça Federal. De acordo com a decisão:

“O crime a ser investigado ganhou caráter transnacional, pois teria sido cometido por meio da rede mundial de computadores, em perfil aberto de rede social (Facebook) e, também, em plataforma de compartilhamento de vídeos (Youtube), em ambos os casos com abrangência internacional. Não se diga, aliás, que as palavras do alcaide tenham se referido a uma única pessoa ou a um único fato, já que é possível perceber, em análise inicial, a intenção de dar viés negativo à orientação sexual de toda a comunidade LGBTQIA+, no Brasil e no mundo”.

Assim, por ter sido praticado por meio da internet, cuja publicação poderia ser acessada por qualquer pessoa no mundo, entendeu que a competência seria da Justiça Federal.

TRF4 entendeu que era da competência da Justiça Estadual e suscitou conflito

O TRF da 4ª Região, por sua vez, entendeu que o caso era da Justiça Estadual e suscitou conflito negativo de competência a ser dirimido pelo STJ (art. 105, I, “d”, da CF/88).

Segundo o acórdão do TRF4:

“A veiculação do discurso homofóbico por meio da rede mundial de computadores não é suficiente, por si só, a atrair a competência da Justiça Federal, especialmente se tinha como escopo atingir pessoa residente no país e inexistindo indícios de que tenha havido acesso fora do território nacional”.

O que decidiu o STJ? De quem é a competência para julgar esta conduta: Justiça Estadual ou Justiça Federal?

Justiça Federal.

Compete à Justiça Federal processar e julgar o conteúdo de falas de suposto cunho homofóbico divulgadas na internet, em perfis abertos da rede social Facebook e na plataforma de compartilhamento de vídeos Youtube, ambos de abrangência internacional.

STJ. 3ª Seção. CC 191.970-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/12/2022 (Info 761).

Vamos entender com calma.

Qual foi o crime, em tese, praticado?

O crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

(...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Mas homofobia é racismo?

SIM.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, deu interpretação conforme a Constituição para dizer que, enquanto não existe lei específica tipificando a conduta, a homofobia e a transfobia deve ser punida segundo os tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89 (Lei de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor):

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

(...)

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

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

Tendo sido firmado pelo STF o entendimento de que a homofobia traduz expressão de racismo, compreendido em sua dimensão social, caberá a casos de homofobia o mesmo tratamento legal conferido ao crime de racismo.

Essa homofobia, em tese, praticada, enquadra-se na competência da Justiça Federal com base em qual dispositivo constitucional?

No inciso V do art. 109 da CF/88:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

Para que o delito seja de competência da Justiça Federal com base neste inciso, são necessários três requisitos:

- a) que o fato seja previsto como crime em tratado ou convenção;
- b) que o Brasil tenha assinado tratado/convenção internacional se comprometendo a combater essa espécie de delito;
- c) que exista uma relação de internacionalidade entre a conduta criminosa praticada e o resultado que foi produzido ou que deveria ter sido produzido.

A relação de internacionalidade ocorre quando:

- iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro;
- iniciada a execução do crime no estrangeiro, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no Brasil.

Desse modo, não basta que o crime esteja previsto em tratado ou convenção internacional para ser julgado pela Justiça Federal.

Podemos citar os seguintes exemplos de crimes que poderão ser submetidos a julgamento pela Justiça Federal com fundamento no art. 109, V, da CF/88, desde que haja relação de internacionalidade, por serem previstos em tratados internacionais:

- a) tráfico transnacional de drogas (art. 70, da Lei nº 11.343/2006);
- b) tráfico internacional de arma de fogo (art. 18 da Lei nº 10.826/2003);
- c) envio ilegal de criança ou adolescente para o exterior (art. 239 do ECA).

Todo crime praticado pela internet é de competência da Justiça Federal com base neste inciso V?

NÃO. Segundo entendimento pacífico da jurisprudência, o fato de o delito ter sido cometido pela rede mundial de computadores não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal.

Para que o delito cometido por meio da internet seja julgado pela Justiça Federal, é necessário que ele preencha os requisitos acima explicados.

No caso concreto, esses três requisitos estão preenchidos?

SIM.

Na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada por meio do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, o Brasil comprometeu-se “a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”.

No caso, os fatos narrados pelo Ministério Público estadual indicam que a conduta do investigado não se restringiu a uma pessoa determinada, ainda que tenha feito menção a ato atribuído a um professor da rede pública, mas diz respeito a uma coletividade de pessoas.

Foi destacado, no requerimento de autorização para instauração do procedimento investigatório criminal, que as afirmações do investigado seriam capazes de provocar “especial estímulo à hostilidade contra pessoas em razão da orientação sexual ou identidade de gênero”.

Ficou demonstrado, ainda, que as falas de suposto cunho homofóbico foram divulgadas na internet, em perfis abertos da rede social Facebook e da plataforma de compartilhamento de vídeos YouTube, ambos de abrangência internacional.

A rigor, o meio de divulgação empregado pelo investigado no caso tanto é eficaz para que usuários no exterior visualizassem o conteúdo das falas, quanto é crível admitir que o material foi acessado fora do Brasil.

Vale lembrar, inclusive, que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, prevê, em seu art. 2º, inciso I, “o reconhecimento da escala mundial da rede”.

Precedente no mesmo sentido

Em 2020, o STJ já havia decidido que o crime de racismo contra judeus praticado em rede social deve ser julgado pela Justiça Federal:

Compete à Justiça Federal julgar a conduta delituosa de divulgar pelo Facebook mensagens de cunho discriminatório contra o povo judeu, por estar configurada potencial transnacionalidade do crime, uma vez que o conteúdo racista veiculado na rede social é acessível no exterior.

Diante da potencialidade de o material disponibilizado na internet ser acessado no exterior, está configurada a competência da Justiça Federal, ainda que o conteúdo não tenha sido efetivamente visualizado fora do território nacional.

Caso concreto: um perfil do Facebook denominado “Hitler da Depressão – a todo gás” divulgava conteúdo racista, por meio de comentários postados nessa rede social. Após diligências junto ao Facebook e às operadoras de telefonia, o Ministério Público concluiu que o crime se consumou em Curitiba (PR).

A investigação revelou que o conteúdo divulgado pelo referido perfil possuía conteúdo discriminatório contra todo o povo judeu, e não contra pessoa individualmente considerada.

STJ. 3ª Seção. CC 163.420/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 13/5/2020.

Aplica-se ao caso, o entendimento firmado pelo STF no RE 628.624

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico, acessível transnacionalmente, envolvendo criança ou adolescente, quando praticados por meio da rede mundial de computadores (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990).

STF. Plenário. RE 628624 ED, Rel. Edson Fachin, julgado em 18/08/2020 (Repercussão Geral – Tema 393).

Muito embora o paradigma da repercussão geral diga respeito à pornografia infantil, o mesmo raciocínio se aplica ao caso concreto, na medida em que o acórdão do STF vem reafirmar o disposto na Constituição Federal, que reconhece a competência da Justiça Federal não apenas no caso de acesso da publicação por alguém no estrangeiro, mas também nas hipóteses em que a amplitude do meio de divulgação tenha o condão de possibilitar o acesso.

COMPETÊNCIA

Competência no caso da Operação Hemorragia

ODS 16

A descoberta fortuita de crimes, no bojo de operações investigatórias complexas, não pode ter como desdobramento a criação de juízo universal, definido de forma anômala, em violação ao princípio do juiz natural.

No âmbito da Operação Alcatraz, o juízo da 1ª Vara Federal de Florianópolis autorizou diligências que, fortuitamente, revelaram indícios de outros crimes apurados em outra operação (Operação Hemorragia). O fato de a descoberta fortuita ter ocorrido a partir das decisões da 1ª Vara Federal de Florianópolis não faz com que ele seja obrigatoriamente competente para julgar os demais fatos descobertos.

A verificação dos crimes no mesmo contexto fático configura mera descoberta fortuita e não implica, necessariamente, conexão probatória ou teleológica entre eles.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AgRg no RHC 161.096-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 4/10/2022 (Info 761).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A OPERAÇÃO ALCATRAZ iniciou a partir de uma representação fiscal para apurar indícios de um suposto esquema fraudulento de desvio de receitas federais que teria sido estruturado no âmbito das Secretarias de Administração e da Saúde do Estado de Santa Catarina.

Assim, a investigação começou com indícios de crimes licitatórios, desvio de valores e corrupção no âmbito de serviços terceirizados, cujos indícios levaram à representação por quebra de sigilo, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis, em razão das verbas federais envolvidas.

Conforme a investigação foi se expandindo, em razão dos elementos colhidos no curso da operação, foram identificados outros esquemas fraudulentos, similares ao originalmente investigado, no âmbito da Administração Pública do Estado de Santa Catarina, envolvendo participação de outros agentes públicos e privados. Esse desmembramento da investigação foi denominado de OPERAÇÃO HEMORRAGIA.

Desse modo, pode-se dizer que os fatos investigados na OPERAÇÃO HEMORRAGIA exsurgiram de diligências realizadas no âmbito da OPERAÇÃO ALCATRAZ, mas tinham outro foco.

Denúncia (Operação Hemorragia)

Os fatos relacionados com a OPERAÇÃO ALCATRAZ estavam sendo apurados em processos penais que tramitam na 1ª Vara Federal de Florianópolis.

O Ministério Público apresentou denúncia contra os envolvidos nos fatos apurados na OPERAÇÃO HEMORRAGIA.

A denúncia também foi oferecida na 1ª Vara Federal de Florianópolis, que a recebeu.

O principal argumento foi o de que haveria conexão entre os fatos e o juízo da 1ª Vara Federal seria preventivo.

Habeas corpus

Os denunciados na OPERAÇÃO HEMORRAGIA impetraram habeas corpus alegando a incompetência da Justiça Federal apresentando, em síntese, dois argumentos:

(i) as verbas supostamente desviadas eram estaduais;

(ii) não havia conexão entre a OPERAÇÃO HEMORRAGIA e OPERAÇÃO ALCATRAZ a justificar eventual conexão probatória ou teleológica entre os fatos apurados. O que ocorreu foi uma descoberta fortuita de delitos no mesmo contexto fático.

Acórdão do TRF4

O TRF da 4ª Região denegou a ordem entendendo que a competência seria da Justiça Federal por duas razões:

1) a competência para a apreciação dos fatos atinentes à OPERAÇÃO HEMORRAGIA pertence à Justiça Federal, porquanto foram apurados desvios de verbas federais, provenientes do Fundo Nacional de Saúde – FNS repassadas ao Fundo Estadual de Saúde - FES e ao Fundo do Plano de Saúde dos Servidores Estaduais.

2) considerando que os fatos investigados na OPERAÇÃO HEMORRAGIA exsurgiram de diligências realizadas no âmbito da OPERAÇÃO ALCATRAZ, envolvendo, igualmente, procedimentos licitatórios efetuados pela Administração Pública do Estado de Santa Catarina, resta evidenciada a existência de conexão intersubjetiva entre os crimes apurados no presente feito e no âmbito da referida OPERAÇÃO ALCATRAZ, uma vez que praticados pelos mesmos integrantes da citada organização criminosa, em concurso (art. 76, inc. I, segunda parte, do CPP), bem como de conexão probatória, tendo em vista a inegável influência das provas colhidas no âmbito daquela investigação na apuração dos crimes objeto do presente feito (art. 76, III, do CPP), devendo os feitos ser reunidos em benefício da prestação jurisdicional.

Recurso ordinário em HC

Inconformada, a defesa dos acusados interpôs recurso em habeas corpus insistindo no argumento de que eventuais crimes descobertos no âmbito da OPERAÇÃO ALCATRAZ nada dizem respeito aos investigados na OPERAÇÃO HEMORRAGIA, pois esta última tem um escopo diferente, inclusive, com investigados que nada tem a ver com a operação anterior.

A mera descoberta fortuita de vários delitos em uma mesma diligência não implica, necessariamente, conexão entre eles.

O STJ concordou com a defesa?

SIM.

O STJ deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus a fim de reconhecer a competência da Justiça Estadual de Santa Catarina para o julgamento de ação penal relacionada com a OPERAÇÃO HEMORRAGIA (referente ao Núcleo Empresa Alfa).

A competência não pode ser definida a partir de um critério temático, que destoa das leis processuais.

A descoberta fortuita de crimes, no bojo de operações investigatórias complexas, não pode ter como desdobramento a criação de juízo universal, definido de forma anômala, em violação ao princípio do juiz natural.

No âmbito da OPERAÇÃO ALCATRAZ, o juízo da 1ª Vara Federal de Florianópolis autorizou diligências que, fortuitamente, revelaram indícios de outros crimes apurados em outra operação (OPERAÇÃO HEMORRAGIA). O fato de a descoberta fortuita ter ocorrido a partir das decisões da 1ª Vara Federal de Florianópolis não faz com que ele seja necessariamente competente para julgar os demais fatos descobertos.

Foi esse também o entendimento firmado pelo STF no âmbito da chamada Operação Lava Jato. Inicialmente, entendia-se que todos os desmembramentos seria também de competência da 13ª Vara Federal de Curitiba. Depois, o STF afirmou que esse não era um critério válido de definição da competência:

“6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*.

(...)

Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o simultaneus processus, ainda que os esquemas fraudulentos possam

eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasse de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo).

14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência.

15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência. (...)”

(Inq 4130 QO, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 2/2/2016 PUBLIC 3/2/2016).

O processo penal moderno é desenvolvido com base em dois direitos fundamentais e, por vezes, antagônicos: direito à segurança e direito à liberdade. Portanto, de um lado, o processo tem que ser eficiente, para efetivar o direito à segurança pública e, ao mesmo tempo, garantista, visando reger a atuação do Estado, com o fim de evitar arbítrio e preservar a liberdade do cidadão.

A análise de toda e qualquer regra sobre competência deve principiar pela verificação de sua compatibilidade com a garantia constitucional correlata do juiz natural.

A Constituição de 1988, em dois dispositivos, assegura a garantia do juiz natural em seu duplo aspecto:

a) a garantia de que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade judiciária competente (art. 5º, LIII); e

b) a vedação dos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

A conexão é fator que interfere no processo de concretização de competência para a definição do órgão jurisdicional apropriado para um determinado caso concreto. É compatível com a garantia do juiz natural, desde que suas disciplinas legais se fundem em critérios objetivos e claros, sem margem alguma para escolhas discricionárias do órgão jurisdicional que irá atuar. Nessa linha de inteligência, há de se evitar a banalização das alterações dos critérios legais de competência, porquanto o rol taxativo das hipóteses de conexão não pode ser ampliado de forma a atingir esses princípios balizadores da prestação jurisdicional.

Em suma:

A verificação dos crimes no mesmo contexto fático configura mera descoberta fortuita e não implica, necessariamente, conexão probatória ou teleológica entre eles.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AgRg no RHC 161.096-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 4/10/2022 (Info 761).

Obs: essa OPERAÇÃO HEMORRAGIA deu origem a seis denúncias diferentes (seis ações penais). A decisão acima refere-se a apenas uma delas, referente ao Contrato 465/2009, que não envolvia verbas oriundas da União. Assim, não significa que todas as ações penais relacionadas com a OPERAÇÃO HEMORRAGIA tenham sido deslocadas para a Justiça Estadual.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

Se o Ministério Público não comparece na audiência para a oitiva de testemunhas da acusação, o magistrado não pode formular perguntas diretamente a estas porque estaria assumindo a função precípua do Parquet

Importante!!!

ODS 16

No caso concreto, o membro do Ministério Público, mesmo tendo sido intimado, sem qualquer justificativa, deixou de comparecer à audiência para oitiva das testemunhas.

Diante disso, o magistrado tinha duas opções válidas:

1) suspender a audiência e designar uma nova data para o ato; ou

2) realizar a audiência mesmo sem a presença do MP e, neste caso, abster-se de fazer perguntas às testemunhas arroladas pela acusação.

Na situação concreta, contudo, o próprio juiz fez todas as perguntas para as testemunhas de acusação. Em razão disso, o STJ reconheceu que houve nulidade.

O fato de o Ministério Público não ter comparecido à audiência de instrução não dá, à autoridade judicial, a liberdade de assumir a função precípua do Parquet.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.846.407-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

Art. 212 do CPP e Lei nº 11.690/2008

O art. 212 do Código de Processo Penal dispõe sobre a forma de inquirição das testemunhas na audiência. Este dispositivo foi alterado no ano de 2008 e atualmente prevê:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Redação dada pela Lei nº 11.690/2008)

Com a reforma do CPP, operada pela Lei nº 11.690/2008, a participação do juiz na inquirição das testemunhas foi reduzida ao mínimo possível.

Desse modo, as perguntas agora são formuladas diretamente pelas partes (MP e defesa) às testemunhas (sistema de inquirição direta ou *cross examination*).

Quem começa perguntando: quem arrolou

Outra inovação trazida é pela Lei nº 11.690/2008: quem começa perguntando à testemunha é a parte que teve a iniciativa de arrolá-la.

Ex: na denúncia, o MP arrolou duas testemunhas (Carlos e Fernando). A defesa, na resposta escrita, também arrolou uma testemunha (André). No momento da audiência de instrução, inicia-se ouvindo as testemunhas arroladas pelo MP (Carlos e Fernando).

Quem primeiro fará perguntas a essas testemunhas?

O Ministério Público. Quando o MP acabar de perguntar, a defesa terá direito de formular seus questionamentos e, por fim, o juiz poderá complementar a inquirição, se houver pontos não esclarecidos.

Depois de serem ouvidas todas as testemunhas de acusação, serão inquiridas as testemunhas de defesa (no exemplo dado, apenas André). Quem primeiro fará as perguntas a André?

A defesa. Quando a defesa acabar de perguntar, o Ministério Público terá direito de formular questionamentos e, por fim, o juiz poderá complementar a inquirição, se houver pontos não esclarecidos.

Como funciona na prática a inquirição?

As perguntas são formuladas pelas partes diretamente à testemunha.

É o chamado sistema da inquirição direta.

O sistema de inquirição direta divide-se em:

a) *direct examination* (quando a parte que arrolou a testemunha faz as perguntas) e

b) *cross examination* (quando a parte contrária é quem formula as perguntas). Em provas, contudo, é comum vir a expressão *cross examination* como sinônima de inquirição direta.

Ex: o Juiz passa a palavra ao promotor: “Dr., o senhor pode formular as perguntas diretamente à testemunha arrolada pela acusação.”

Daí, então, o Promotor inicia as perguntas, dirigindo-se diretamente à testemunha: “Você viu o réu matar a vítima? O réu segurava um revólver? Qual era a cor de sua camisa?”

O que o juiz fará?

Em regra, o juiz deverá apenas ficar calado, ouvindo e valorando, em seu íntimo, as perguntas e as respostas.

O juiz deverá, contudo, intervir e indeferir a pergunta formulada pela parte caso se verifique uma das seguintes situações:

- a) Quando a pergunta feita pela parte puder induzir a resposta da testemunha;
- b) Quando a pergunta não tiver relação com a causa;
- c) Quando a pergunta for a repetição de outra já respondida.

Se ocorrer alguma dessas três situações, o juiz deverá indeferir a pergunta antes que a testemunha responda.

Como funciona na prática a ordem das perguntas?

As partes formulam as perguntas à testemunha antes do juiz, que é o último a inquirir.

A ordem de perguntas é atualmente a seguinte:

- 1º) A parte que arrolou a testemunha faz as perguntas que entender necessárias;
- 2º) A parte contrária àquela que arrolou a testemunha faz outras perguntas;
- 3º) O juiz, ao final, poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Ex: Ivo foi arrolado como testemunha pela defesa. A defesa do réu começa perguntando. Quando acabar, o juiz passa a palavra ao MP, que irá formular as perguntas que entender necessárias. Por fim, o juiz poderá perguntar sobre algum ponto que não foi esclarecido.

Vimos que o juiz é, portanto, o último a perguntar, fazendo-o apenas para complementar pontos não esclarecidos.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João foi denunciado pelo Ministério Público acusado da prática de um crime.

Foi designada audiência para oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado.

Tanto a defesa como o Ministério Público foram intimados.

Ocorre que, no dia da audiência, o Promotor de Justiça, sem apresentar qualquer justificativa, não compareceu no ato.

Diante disso, indaga-se: é possível que a audiência seja realizada sem a presença do Ministério Público?

SIM. Isso porque o Ministério Público foi intimado. O que se exige é a intimação do Parquet. Se ele, mesmo intimado, não comparece, o ato processual pode ser realizado, não havendo que se falar em nulidade:

Não há vício a ser sanado quando, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer aos atos processuais.

Trata-se de nulidade relativa, devendo subsistir alegação oportuna e demonstração do prejuízo, inexistente no caso concreto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp n. 1.566.596/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 27/6/2017.

O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que da mera ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunhas não decorre a nulidade do ato, devendo a defesa oportunamente arguir a sua nulidade, com a devida comprovação do prejuízo imposto ao réu.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.493.227/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/9/2016.

Voltando ao caso hipotético:

O Promotor de Justiça, apesar de devidamente intimado, não compareceu à audiência.

As testemunhas, o réu e seu advogado se fizeram presentes.

O juiz decidiu fazer a audiência sem o Ministério Público. Até aí, tudo bem.

O problema foi que o próprio juiz fez todas as perguntas para as testemunhas de acusação.

A defesa se insurgiu contra isso alegando que houve um desvirtuamento da regra do art. 212 do CPP.

A questão chegou até o STJ. O juiz poderia ter feito isso? Diante da ausência do membro do Ministério Público, o juiz pode formular as perguntas diretamente às testemunhas arroladas pela acusação?
NÃO.

Se o membro do Ministério Público foi intimado e, mesmo assim, não compareceu à audiência de instrução, o magistrado tem duas opções válidas:

1) suspender a audiência e designar uma nova data; ou

2) realizar a audiência mesmo sem a presença do MP e, neste caso, abster-se de fazer perguntas às testemunhas arroladas pela acusação.

O que o juiz não pode é assumir a função precípua do Parquet e, diante da ausência do MP, fazer as perguntas que poderão gerar a condenação do acusado.

Na instrução processual, a inquirição da testemunha deverá ser feita a partir de perguntas formuladas diretamente pelas partes, podendo o Juiz completar a inquirição, em relação aos pontos não esclarecidos (art. 212 do CPP).

Se o magistrado inicia os questionamentos e formula a maioria das perguntas, significa que assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, presumindo-se o prejuízo sofrido pela defesa.

O magistrado, no caso concreto, agiu em substituição à produção probatória que compete às partes, inquirindo diretamente os depoentes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório.

Assim, deve ser reconhecida a nulidade da colheita probatória realizada em desacordo com o art. 212 do CPP, bem como devem ser desentranhados e renovados os atos processuais contaminados, notadamente as oitivas e as alegações finais, que foram produzidas consoante os elementos probatórios então constantes nos autos.

Em suma:

A ausência do membro do Ministério Público na oitiva de testemunhas da acusação durante audiência de instrução não permite que o magistrado formule perguntas diretamente a estas, assumindo função precípua do Parquet.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.846.407-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

Em sentido semelhante:

A inquirição de testemunhas diretamente pelo magistrado que assume o protagonismo na audiência de instrução e julgamento viola o art. 212 do CPP.

Neste caso, o membro do MP estava na audiência, mas não fez perguntas, apenas o juiz.

STJ. 6ª Turma HC 735519-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/08/2022 (Info 745).

DOD PLUS – MUDANÇA DE ENTENDIMENTO

O julgado acima sinaliza uma mudança de entendimento considerando que o STJ possuía julgados mais antigos em sentido contrário:

Esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o

Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

STJ. 5ª Turma. RHC 85.033/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 26/9/2017.

Não há vício na hipótese em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer a uma das audiências e o Magistrado formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, sobretudo no caso em que não há demonstração de efetivo prejuízo.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.468.714/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 4/12/2018.

EMENDATIO LIBELLI (SENTENÇA)

Em caso de *emendatio libelli* é desnecessário o aditamento à denúncia

Importante!!!

ODS 16

É lícito ao juiz alterar a tipificação jurídica da conduta do réu no momento da sentença, sem modificar os fatos descritos na denúncia, conforme a inteligência do art. 383 do CPP (*emendatio libelli*), sendo despicienda a abertura de prazo para aditamento, o que se exige na *mutatio libelili* do art. 384 do CPP.

Não constitui ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória o ato de magistrado singular, nos termos do art. 383 do CPP, atribuir aos fatos descritos na peça acusatória definição jurídica diversa daquela proposta pelo órgão da acusação.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 770.256-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/10/2022 (Info 761).

Emendatio libelli e mutatio libelli

Vamos relembrar as principais características e diferenças desses dois institutos:

<i>Emendatio libelli</i>	<i>Mutatio libelli</i>
<p><i>Quando ocorre</i></p> <p>Ocorre quando o juiz, ao condenar ou pronunciar o réu, altera a definição jurídica (a capitulação do tipo penal) do fato narrado na peça acusatória, sem, no entanto, acrescentar qualquer circunstância ou elementar que já não esteja descrita na denúncia ou queixa.</p>	<p><i>Quando ocorre</i></p> <p>Ocorre quando, no curso da instrução processual, surge prova de alguma elementar ou circunstância que não havia sido narrada expressamente na denúncia ou queixa.</p>
<p><i>Requisitos</i></p> <p>1) Não é acrescentada nenhuma circunstância ou elementar ao fato que já estava descrito na peça acusatória.</p> <p>2) É modificada a tipificação penal.</p>	<p><i>Requisitos</i></p> <p>1) É acrescentada alguma circunstância ou elementar que não estava descrita originalmente na peça acusatória e cuja prova surgiu durante a instrução.</p> <p>2) É modificada a tipificação penal.</p>
<p><i>Exemplo</i></p> <p>O MP narrou, na denúncia, que o réu, valendo-se de fraude eletrônica no sistema da <i>internet</i></p>	<p><i>Exemplo</i></p> <p>O MP narrou, na denúncia, que o réu praticou furto simples (art. 155, caput, do CP). Durante a</p>

<p><i>banking</i>, retirou dinheiro da conta bancária da vítima, imputando-lhe o crime de estelionato (art. 171 do CP). O juiz, na sentença, afirma que, após a instrução, ficou provado que os fatos ocorreram realmente na forma como narrada pelo MP, mas que, em seu entendimento, isso configura furto mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP).</p>	<p>instrução, os depoimentos revelaram que o acusado utilizou-se de uma chave falsa para entrar na coisa furtada. Com base nessa nova elementar, que surgiu em consequência de prova trazida durante a instrução, verifica-se que é cabível uma nova definição jurídica do fato, mudando o crime de furto simples para furto qualificado (art. 155, § 4º, III, do CP).</p>
<p>Previsão legal Prevista nos arts. 383, caput, e 418 do CPP: Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa (leia-se: muda a capitulação penal), <i>ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.</i></p>	<p>Previsão legal Prevista no art. 384 do CPP: Art. 384. <i>Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.</i></p>
<p>Procedimento Se o juiz, na sentença, entender que é o caso de realizar a <i>emendatio libelli</i>, ele poderá decidir diretamente, não sendo necessário que ele abra vista às partes para se manifestar previamente sobre isso. Tal se justifica porque no processo penal o acusado se defende dos fatos e como os fatos não mudaram, não há qualquer prejuízo ao réu nem violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença.</p>	<p>Procedimento</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Se o MP entender ser o caso de <i>mutatio libelli</i>, ele deverá aditar a denúncia ou queixa no prazo máximo de 5 dias após o encerramento da instrução; 2) esse aditamento pode ser apresentado oralmente na audiência ou por escrito; 3) no aditamento, o MP poderá arrolar até 3 testemunhas; 4) será ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 dias. Nessa resposta, além de refutar o aditamento, a defesa poderá arrolar até 3 testemunhas; 5) o juiz decidirá se recebe ou rejeita o aditamento; 6) se o aditamento for aceito pelo juiz, será designado dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado e realização de debates e julgamento. <p>Obs: se o órgão do MP, mesmo surgindo essa elementar ou circunstância, entender que não é caso de aditamento e o juiz não concordar com essa postura, aplica-se o art. 28 do CPP.</p>
<p>Espécies de ação penal em que é cabível:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ação penal pública incondicionada; 	<p>Espécies de ação penal em que é cabível:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ação penal pública incondicionada;

<ul style="list-style-type: none"> • ação penal pública condicionada; • ação penal privada. 	<ul style="list-style-type: none"> • ação penal pública condicionada; • ação penal privada subsidiária da pública. <p>Obs: somente o MP pode oferecer <i>mutatio</i>.</p>
<p>Emendatio libelli em 2º grau de jurisdição: É possível que o tribunal, no julgamento de um recurso contra a sentença, faça <i>emendatio libelli</i>, desde que não ocorra <i>reformatio in pejus</i> (STJ HC 87984 / SC).</p>	<p>Mutatio libelli em 2º grau de jurisdição: Não é possível, porque se o Tribunal, em grau de recurso, apreciasse um fato não valorado pelo juiz, haveria supressão de instância. Nesse sentido é a Súmula 453-STF.</p>

Obs.1: a denúncia não precisa descrever as agravantes. Desse modo, caso a denúncia não narre determinada agravante, mesmo assim ela poderá ser reconhecida pelo juízo na sentença, sem necessidade de *mutatio libelli*.

Obs.2: se, após realizar a *emendatio* ou *mutatio*, o juiz perceber que há possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, ele deverá abrir vista ao MP para oferecer a proposta. Ex: o crime imputado era furto qualificado e foi realizada a *emendatio* para estelionato. Como o estelionato permite a suspensão condicional do processo, deve ser feita a proposta pelo MP, mesmo o processo já estando com a instrução encerrada.

Obs.3: se, após realizar a *emendatio* ou *mutatio*, a nova definição jurídica do crime acarretar a mudança da competência, o magistrado deverá declarar-se incompetente e encaminhar os autos ao juízo competente.

Feitos os devidos esclarecimentos, imagine a seguinte situação hipotética:

João desferiu golpes de faca em sua ex-companheira Regina.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João por tentativa de feminicídio (art. 121, § 2º, VI e § 2º-A, I, c/c art. 14, II, do Código Penal).

O processo se desenvolveu de forma regular, perante o Juízo de Direito da Vara do Júri.

Após a instrução probatória, o juiz, por entender que o réu não agiu com *animus necandi* (intenção de matar), desclassificou a conduta do tipo incriminador que lhe fora imputado na denúncia e determinou a redistribuição dos autos a uma das varas criminais, nos termos do art. 419 do CPP:

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Os autos foram remetidos ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca.

O Ministério Público, não aditou a denúncia para especificar qual seria a acusação (qual seria o crime não doloso contra a vida). O Promotor se limitou a apresentar alegações finais nas quais postulou a condenação do réu pelo crime de lesão corporal grave:

Art. 129. (...)
Lesão corporal de natureza grave
§ 1º Se resulta:
(...)
II - perigo de vida;
(...)
Pena - reclusão, de um a cinco anos.

A defesa requereu a nulidade do processo, com a consequente absolvição do acusado, sob o argumento de que o Ministério Público deveria ter aditado a denúncia, nos termos do art. 384 do CPP, para especificar qual seria a nova acusação (qual seria crime não doloso contra a vida):

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal rejeitou essa alegação e condenou o réu por lesão corporal grave. O condenado interpôs apelação, mas a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça. Ainda inconformada, a defesa impetrou habeas corpus insistindo na tese de que, uma vez desclassificado o delito, deveria ter sido aplicado o disposto no art. 384 do CPP.

O STJ concordou com o argumento da defesa?

NÃO.

O juiz fez emendatio ou mutatio libelli?

Emendatio libelli. Isso porque alterou a definição jurídica (a capitulação do tipo penal) do fato narrado na peça acusatória, sem, no entanto, acrescentar qualquer circunstância ou elementar que já não estivesse descrita na denúncia ou queixa.

A partir do que já estava na denúncia, o magistrado entendeu que não houve intenção de matar e que, portanto, não se tratava de crime doloso contra a vida.

Na emendatio libelli é necessário aditamento por parte do MP?

NÃO.

É lícito ao juiz alterar a tipificação jurídica da conduta do réu no momento da sentença, sem modificar os fatos descritos na denúncia, conforme a inteligência do art. 383 do CPP, sendo despicenda a abertura de prazo para aditamento (art. 384 do CPP). Veja o que diz o art. 383 do CPP:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.
§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.
§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Nesse sentido:

“(…) uma vez constatado que, na espécie, o julgador limitou-se a dar aos fatos já descritos na denúncia nova capitulação jurídica, não se configura a hipótese de ‘mutatio libelli’, mas de ‘emendatio libelli’. Desse modo, de rigor a aplicação do instituto da ‘emendatio libelli’, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal - CPP, não havendo falar-se em aditamento da denúncia ou abertura de vista à defesa para integração do contraditório (...)”.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.903.213/MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 8/2/2022.

Não constitui ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória o ato de magistrado singular, nos termos do art. 383 do CPP, atribuir aos fatos descritos na peça acusatória definição jurídica diversa daquela proposta pelo órgão da acusação:

A mudança da capitulação do crime imputado ao paciente, ou seja, atribuição de outro fato típico em razão da mesma conduta não exige a ocorrência de fato novo e cuida-se de emendatio libelli, podendo ser feita a qualquer tempo, antes da prolação da sentença, pelo Ministério Público, bem como pelo Magistrado.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 686.398/PE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 9/11/2021.

Em suma:

É lícito ao juiz alterar a tipificação jurídica da conduta do réu no momento da sentença, sem modificar os fatos descritos na denúncia, sendo desnecessária a abertura de prazo para aditamento.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 770.256-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/10/2022 (Info 761).

EXECUÇÃO PENAL

A pena integralmente cumprida não interfere nos cálculos de benefícios em nova execução penal

ODS 16

Quando houver condenação por mais de um crime contra a mesma pessoa, incide o art. 111 da LEP. O Juiz observa o saldo da sanção a cumprir após eventual detração ou remição, determina o regime prisional e, então, elabora o cálculo de benefícios. Como a contagem incide sobre as guias reunidas para resgate preferencialmente em sua ordem cronológica de distribuição, a estimativa terá como marco inicial a data da primeira prisão do reeducando (interrompida pela última falta grave, no caso de progressão de regime), pois nesta data começou o cumprimento da execução unificada, sopesado o art. 42 do CP.

Se a primeira execução do paciente foi extinta meses antes da formação da culpa do segundo processo, sem continuidade com a guia atual, a sanção integralmente resgatada noutro tempo não orienta nem tem reflexos nos cálculos de pena aplicada na última sentença, única em cumprimento, porque não existiu a soma ou a unificação de que trata o art. 111 da LEP.

STJ. 6ª Turma. HC 762.729-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 04/10/2022 (Info 761).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado pelo crime de receptação. Ele cumpria a pena em regime aberto.

Em 25/6/2020, enquanto ainda cumpria pena em regime aberto, João foi preso em flagrante por tráfico de drogas. Diante disso, ele voltou para o presídio.

Em 17/12/2020, antes que fosse julgado pelo tráfico de drogas, João terminou de cumprir a pena por receptação. Vale ressaltar, contudo, que o juiz somente declarou extinta a punibilidade em 15/07/2021 (a pena terminou em 17/12/2020, mas a sentença reconhecendo isso só foi prolatada em 15/07/2021).

Em 18/12/2020, João foi condenado a 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por tráfico de drogas. O término do cumprimento da pena por tráfico de drogas estava previsto, portanto, para o dia 17/8/2027.

Execução penal pelo tráfico

Transitada em julgado a condenação pelo tráfico, foi expedida guia de recolhimento no juízo da execução. Foi então formado um Processo de Execução Penal (PEP), que é o processo no qual tramitarão todos os incidentes relacionados com o cumprimento da pena por parte do condenado.

Neste processo, constou que a data-base para a progressão de regime e outros benefícios de execução penal seria o dia 18/12/2020, data da condenação.

O que é essa data-base?

“A data-base na execução penal é o marco fixado para a contagem dos lapsos temporais para que o reeducando implemente o direito aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal – LEP.

(...)

Em outras palavras, a data-base é a data em que o apenado iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que a partir desta contam-se os lapsos previstos na LEP para que o reeducando usufrua da progressão de regime, livramento condicional, saídas temporárias etc.”
(VEITENHEIMER, Laura de Ferreira; PEREIRA, Mauro Kaufmann. A data-base na execução penal.

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Edição Especial, dezembro de 2013, p. 123, <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/338>

Discussão quanto ao início da data-base

A defesa de João pediu ao juízo da execução que fosse considerada como data-base para a progressão de regime, o dia da prisão em flagrante pelo crime de tráfico de entorpecentes, ou seja, 25/06/2020.

Em outras palavras, a defesa queria que fosse computado o período de relacionado com a execução já extinta antes da atual execução.

O juiz negou o pedido, assim como o Tribunal de Justiça.

O TJ explicou que o réu somente foi condenado depois que a primeira execução já tinha se encerrado. A primeira execução foi extinta antes da formação da culpa delitiva do segundo processo. Ele foi condenado em 18/12/2020 e a execução pela receptação já tinha se encerrado um dia antes (17/12/2020).

Logo, não houve a unificação ou somatório de penas por cumprir.

Ainda inconformado, João impetrou habeas corpus no STJ. O STJ concordou com o pleito da defesa? NÃO.

Quando houver condenação por mais de um crime contra a mesma pessoa, incide o art. 111 da LEP:

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

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

O juiz observa o saldo da sanção a cumprir após eventual detração ou remição, determina o regime prisional e, então, elabora o cálculo de benefícios.

Como a contagem incide sobre as guias reunidas para resgate preferencialmente em sua ordem cronológica de distribuição, a estimativa terá como marco inicial a data da primeira prisão do reeducando (interrompida pela última falta grave, no caso de progressão de regime), pois nesta data começou o cumprimento da execução unificada, sopesado o art. 42 do CP.

No caso, o Tribunal de origem consignou expressamente que a primeira execução foi extinta antes da formação da culpa delitiva do segundo processo.

Se a primeira execução do sentenciado foi extinta meses antes da formação da culpa do segundo processo, sem continuidade com a guia atual, a sanção integralmente resgatada noutro tempo não orienta nem tem reflexos nos cálculos de pena aplicada na última sentença, única em cumprimento, porque não existiu a soma ou a unificação de que trata o art. 111 da LEP.

Portanto, somente seria possível acolher o pleito da defesa se estivéssemos diante de nova condenação no curso do resgate de outra pena (art. 111 da LEP) com a adição da nova sanção privativa de liberdade ao restante daquela ainda em cumprimento. Por sua vez, para o resgate - em ordem cronológica de duas ou mais guias, mediante adequação do regime prisional e refazimento dos cálculos de benefícios - considera-se como termo inicial da execução unificada a data primeira prisão (ou da última falta grave, para a progressão de regime), pois nesse dia começou o efetivo resgate das reprimendas somadas.

Em suma:

A pena integralmente cumprida não interfere nos cálculos de benefícios em nova execução penal.
STJ. 6ª Turma. HC 762.729-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 04/10/2022 (Info 761).

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

A indenização correspondente à variação do preço da participação acionária e das bonificações são indenizações a título de lucros cessantes correspondentes ao ganho de capital e devem ser tributadas pelo Imposto de Renda

ODS 16

O ganho de capital (art. 43, I, do CTN) é em regra aferido a partir da diferença entre o custo de aquisição e o valor de alienação.

O preço de aquisição corresponde ao valor pago pelo adquirente para a aquisição da participação acionária (que não lhe foi entregue) e o preço de alienação corresponde ao valor da participação acionária entregue posteriormente pela empresa ao adquirente em razão do comando dado na ação judicial em que foi vencedor.

O Imposto de Renda deverá incidir sobre essa diferença, se houver, pois ela indica ganho de capital (lucro cessante). Se não houver diferença, a verba é meramente indenizatória (a título de dano emergente), pois significa apenas a substituição de um capital por outro equivalente de forma tardia.

Dessa forma, a indenização correspondente à variação do preço da participação acionária e das bonificações são indenizações a título de lucros cessantes correspondentes ao ganho de capital e devem ser tributadas pelo Imposto de Renda, posto que consideradas rendimento bruto consoante os arts. 3º, 16 e 19, da Lei nº 7.713/88.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.697.606-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

Sistema TELEBRÁS

Antes da privatização, quem explorava os serviços de telefonia no Brasil era a União, por meio de empresas estatais integrantes do chamado sistema TELEBRÁS.

A TELEBRÁS (Telecomunicações Brasileiras S.A.) era uma empresa estatal pertencente à União, sendo responsável por coordenar e controlar outras empresas estatais que atuavam nos Estados prestando os serviços telefônicos. Assim, a TELEBRÁS era uma espécie de holding, que abrangia inúmeras outras empresas estatais, como a TELEBRASÍLIA (que prestava os serviços de telecomunicações no Distrito Federal), a TELECEARÁ (Ceará), a TELEMIG (Minas Gerais), a TELERJ (Rio de Janeiro), a TELESP (São Paulo), a TELAMAZON (Amazonas) etc. Os serviços que atualmente são prestados pelas operadoras TIM, VIVO, CLARO etc. eram desempenhados por essas empresas estatais.

Em 1998, as empresas que compunham o sistema TELEBRÁS foram vendidas em leilão internacional para empresas privadas, no processo conhecido como “privatização”.

Serviços de telefonia antes da privatização

Antes da privatização, o serviço de telefonia era muito ruim, caro e a área de abrangência era pequena. Para poder ter direito ao serviço de telefonia, o consumidor tinha que comprar uma linha. Para isso, pagava antecipadamente e entrava em uma lista de espera que poderia durar meses até chegar a sua vez. Além disso, como na época não havia recursos públicos suficientes para a expansão da rede, as empresas de telefonia obrigavam os usuários dos serviços a serem seus financiadores. Assim, o consumidor, para ter o direito de adquirir o uso de um terminal telefônico, tinha que assinar um contrato de adesão por meio do qual era obrigado a comprar ações da empresa de telefonia. Em outras palavras, para ter acesso ao serviço de telefonia, o usuário tinha que adquirir uma participação acionária na companhia. Por isso, você já deve ter ouvido algumas pessoas mais antigas falarem que tinham ações da TELERJ, da TELESP etc.

Contratos de participação financeira

Dessa forma, as pessoas interessadas em ter uma linha de telefone eram obrigadas a assinar um contrato com as empresas de telefonia, por meio do qual pagavam um valor a título de participação financeira, passando a ter acesso a um terminal telefônico e, além disso, o direito de receber determinado número de ações da companhia. Para se ter uma ideia de como isso era caro, algumas pessoas recorriam a um financiamento bancário para obter dinheiro e conseguir comprar uma linha telefônica. Esse ajuste era chamado de contrato de participação financeira.

Recebimento das ações

Ocorre que muitas vezes o usuário fazia o contrato com a companhia, recebia o direito de usar a linha telefônica, mas não recebia na hora as ações a que teria direito. Tais ações somente eram entregues algum tempo depois e o cálculo do número de ações a que teria direito o usuário era feito unilateralmente pelas empresas de telefonia com base em um valor patrimonial da ação (VPA) futuro.

A prática revelou que muitas vezes o cálculo realizado pelas companhias estava errado e, por isso, muitos contratantes do serviço de telefonia acabaram recebendo uma quantidade menor de ações do que teriam realmente direito.

Súmula 371 do STJ

O STJ possui um enunciado tratando sobre a forma como deveria ser calculado o valor patrimonial da ação:

Súmula 371-STJ: Nos contratos de participação financeira para aquisição de linha telefônica, o valor patrimonial da ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização.

Demanda por complementação de ações de empresas de telefonia

Diversas pessoas que adquiriram ações das companhias telefônicas nesta época receberam menos do que seria devido. Elas ingressaram com demandas judiciais pedindo a complementação das ações.

Dessa forma, quando você ouvir falar em “demanda por complementação de ações da empresa de telefonia”, nada mais é do que a demanda judicial proposta pela pessoa que pagou para ter direito a um determinado número de ações da companhia telefônica, mas, apesar disso, recebeu menos do que seria devido pelo fato de o VPA ter sido calculado com base em critérios incorretos. Por isso, a pessoa ingressa com o processo judicial pedindo a complementação das ações ou, subsidiariamente, o recebimento de indenização por perdas e danos.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João ajuizou demanda de complementação acionária contra a companhia telefônica OI.

A demanda foi julgada procedente para:

- a) condenar a empresa ré ao pagamento de indenização por perdas e danos equivalente às ações de telefonia fixa/móvel que não foram originalmente subscritas; e
- b) condenar a empresa ré ao pagamento dos dividendos, das bonificações e dos juros sobre capital próprio decorrentes das ações que não foram subscritas.

Houve o trânsito em julgado.

João recebeu o valor e a Receita Federal exigiu que ele pagasse imposto de renda sobre essa quantia.

Essa exigência é legítima?

SIM.

O art. 43, I, do CTN prevê que:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
(...)

O ganho de capital (art. 43, I, do CTN) é, em regra, aferido a partir da diferença entre o custo de aquisição e o valor de alienação.

No caso, o preço de aquisição corresponde ao valor pago pelo contribuinte para a aquisição da participação acionária (que não lhe foi entregue) e o preço de alienação corresponde ao valor da participação acionária entregue posteriormente pela empresa ao contribuinte em razão do comando dado na ação judicial em que foi vencedor.

O Imposto de Renda deverá incidir sobre essa diferença, se houver, pois ela indica ganho de capital (lucro cessante).

Se não houver diferença, a verba é meramente indenizatória (a título de dano emergente), pois significa apenas a substituição de um capital por outro equivalente de forma tardia.

A respeito da incidência do Imposto de Renda sobre lucros cessantes (ainda que para situação diversa - juros de mora) e a não incidência sobre danos emergentes tem-se o Tema Repetitivo 878/STJ:

Incidirá imposto de renda sobre juros de mora?

REGRA: sim. Isso porque os juros de mora possuem natureza de lucros cessantes e, como vimos acima, incide imposto de renda sobre lucros cessantes.

EXCEÇÃO 1: não incide IR sobre juros de mora relacionados com o pagamento em atraso de verbas alimentares.

Os juros de mora decorrentes do pagamento em atraso de verbas alimentares a pessoas físicas escapam à regra geral da incidência do Imposto de Renda, posto que, excepcionalmente, configuram indenização por danos emergentes.

EXCEÇÃO 2: não incide IR sobre juros de mora se a verba principal é isenta ou fora do campo de incidência do IR.

Escapam à regra geral de incidência do Imposto de Renda sobre juros de mora aqueles cuja verba principal seja isenta ou fora do campo de incidência do IR.

STJ. 1ª Seção. REsp 1470443-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25/08/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 878) (Info 706).

Dessa forma, a indenização correspondente à variação do preço da participação acionária e das bonificações são indenizações a título de lucros cessantes correspondentes ao ganho de capital e devem ser tributadas pelo Imposto de Renda, posto que consideradas rendimento bruto consoante os arts. 3º, 16 e 19 da Lei nº 7.713/88:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

(...)

Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

(...)

V - seu valor corrente, na data da aquisição.

§ 2º O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens.

§ 3º No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.

§ 4º O custo é considerado igual a zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo.

(...)

Art. 19. Valor da transmissão é o preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei.

Exemplo:

Se houve o desembolso de R\$ 100,00 que deveriam dar direito a 100 ações na empresa de telefonia, mas somente 70 ações foram recebidas, a entrega das 30 ações faltantes em um momento posterior deve ser tributada se e na exata medida em que o valor corresponder a mais de R\$ 1 para cada ação.

Se 30 ações antes tinham um determinado valor (R\$ 30) e 30 ações agora têm outro valor superior (R\$ 50), a diferença é o ganho de capital (R\$ 20).

O cálculo há que ser feito como se o contribuinte estivesse alienando hoje (recebendo em dinheiro) a sua participação acionária adquirida anos atrás.

Para o caso, a indenização correspondeu a um valor em dinheiro que é nominalmente superior ao valor pago por João para a aquisição (integralização) da participação acionária (que não lhe foi entregue - subscrita).

Desta forma, há que incidir o Imposto de Renda. A mesma lógica se aplica ao valor indenizado correspondente ao pagamento de bonificações.

Em suma:

A indenização correspondente à variação do preço da participação acionária e das bonificações na emissão de ações no âmbito das privatizações do setor de telefonia são indenizações a título de lucros cessantes correspondentes ao ganho de capital e devem ser tributadas pelo Imposto de Renda.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.697.606-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

ISS

Mesmo que uma sociedade de advogados seja especializada nas atividades de arbitragem, isso não serve para descaracterizar sua natureza de sociedade uniprofissional, podendo ela ser beneficiada pelo regime especial de recolhimento do ISS previsto no DL 406/68

Atenção PGM

ODS 16

O tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com a atuação direta dos sócios, com responsabilidade pessoal destes e sem caráter empresarial.

No caso concreto, os sócios da sociedade são advogados, e não árbitros, e o objeto social é o exercício da advocacia. A despeito disso, eles exercem a arbitragem como atividade jurídica,

sendo que a Lei nº 8.906/94 permite que o advogado postule “em juízo ou fora dele” (art. 5º), inclusive em atividades de arbitragem.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 1.891.277-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/11/2022 (Info 761).

ISSQN

O ISSQN significa Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

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

Trata-se de um tributo de competência dos Municípios.

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

Fato gerador

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

Confira o texto constitucional:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

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

(...)

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

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

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

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

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

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

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

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

As sociedades profissionais de advogados, quando prestam seus serviços, devem pagar ISS?

SIM. A LC 116/2003 estabelece que os serviços de advocacia estão sujeitos ao pagamento de ISS, considerando que estão previstos no item 17.14 da lista anexa:

17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

(...)

17.14 – Advocacia.

(...)

Regime especial de tributação do ISS previsto no DL 406/68

A regra geral é que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço (art. 7º da LC 116/2003).

O § 1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, no entanto, traz uma exceção a essa regra e prevê que os contribuintes que prestam serviço sob a forma de trabalho pessoal (pessoas físicas) têm direito ao regime do chamado “ISSQN Fixo”, segundo o qual é fixada uma alíquota sem relação com o preço do serviço. Vejamos o que diz o DL nº 406/68:

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

(...)

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

O regime do ISSQN Fixo, em geral, é mais vantajoso para o contribuinte que, na prática, acaba pagando menos.

Recepcionada pela CF/88

O STF entende que essa forma especial (diferenciada) de tributação foi recepcionada pela CF/88, considerando que ela tem por objetivo concretizar a isonomia e a capacidade contributiva:

Súmula 663-STF: Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68 foram recebidos pela Constituição.

Status de lei complementar

Vale ressaltar que, segundo o STF, o DL 406/68 foi recepcionado pelo atual ordenamento constitucional com status de lei complementar nacional, nos termos do art. 146, III, “a”, da CF/88:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

O DL 406/68 foi recepcionado pela Constituição como norma tributária de caráter geral. Em se tratando de norma de status de Lei Complementar, tem vigência sobre todo território nacional, não havendo que se falar em isenção heterônoma na espécie.

STF. 1ª Turma. RE 600192 AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 15/03/2016.

O DL 406/68 regulamentava o imposto sobre serviços. Ocorre que, posteriormente, foi editada a LC 116/2003 com o objetivo de disciplinar o ISS, substituindo o DL 406/68. Diante disso, indaga-se: o § 1º do art. 9º do DL 406/68 ainda está em vigor?

SIM. A LC 116/2003, em seu art. 10, revogou expressamente apenas os arts. 8º, 10, 11 e 12 do DL 406/68, mantendo, a *contrario sensu*, a vigência do art. 9º.

De igual sorte, não houve revogação tácita, considerando que LC 116/2003 não tratou inteiramente da matéria prevista no § 1º do art. 9º do DL.

Essa é a opinião da doutrina e da jurisprudência:

O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que dispõe acerca da incidência de ISS sobre as sociedades civis uniprofissionais, não foi revogado, expressa ou tacitamente, pelo art. 10 da LC 116/03.

STJ. 2ª Turma. AgRg no Ag 1229678/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19/08/2010.

Vale ressaltar que as normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º do DL 406/68 não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos (STF. 1ª Turma. RE 277806, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 10/10/2000).

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Em 2019, Mévio Advogados Associados, escritório de advocacia, requereu seu enquadramento como Sociedade Uniprofissional de Profissão (SUP) para fazer jus ao regime especial de recolhimento do ISS.

A Fazenda Pública do Município de São Paulo indeferiu o pedido de enquadramento pelo fato de, além da advocacia, o referido escritório também prestar serviços de arbitragem.

Assim, para o Poder Público a advocacia e a arbitragem são atividades diferentes, tanto que estão previstas em itens diferentes na lista anexa da LC 116/2003:

17.14 – Advocacia.

17.15 – Arbitragem de qualquer espécie, inclusive jurídica.

O serviço de arbitragem não está previsto no rol taxativo de serviços do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, sujeitos à tributação especial pelo Regime das Sociedades Uniprofissionais, o que, por si só, inviabiliza o acolhimento do requerimento de reenquadramento formulado pela sociedade.

Ação contra o Município

A sociedade de advocacia não concordou e ajuizou ação contra o Município sustentando que a arbitragem é uma atividade correlata ao exercício da advocacia. Trata-se apenas de um nicho da advocacia desempenhada, razão pela qual ela tem direito ao enquadramento no Regime Especial de Tributação das Sociedades Uniprofissionais – SUP.

O juiz julgou o pedido procedente.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença por entender que, no caso concreto, trata-se de sociedade constituída exclusivamente por advogados, cujo objeto social é a prestação de serviços de advocacia, não se observando caráter empresarial ou comercial.

Os sócios da sociedade são advogados, e não árbitros. O objeto social da sociedade é o exercício da advocacia. A arbitragem é exercida como uma parte da advocacia, ou seja, como atuação extrajudicial dos advogados.

Ainda inconformado, o Município interpôs recurso especial.

A sentença e o acórdão do TJ/SP foram mantidos? Essa sociedade de advocacia tem direito ao enquadramento no regime especial de tributação do art. 9º do DL 406/68?

SIM.

O tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/1968 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com a atuação direta dos sócios, com responsabilidade pessoal destes e sem caráter empresarial.

No caso concreto, o acórdão do TJ/SP deixou claro que os sócios são advogados, e não árbitros, e que o objeto social é o exercício da advocacia.

A atuação na arbitragem constitui atividade jurídica, sendo que o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94) permite que o advogado postule “em juízo ou fora dele” (art. 5º), inclusive em causa própria, não podendo fazer distinção entre as atividades administrativas de mediação e arbitragem, com vistas à incidência do ISS sobre o faturamento da sociedade de advogados.

Em suma:

O tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com a atuação direta dos sócios, com responsabilidade pessoal destes e sem caráter empresarial.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 1.891.277-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/11/2022 (Info 761).

IMPOSTO DE RENDA

É possível a dedução dos juros sobre o capital próprio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ainda que seja de exercícios anteriores; isso porque a legislação não impõe limitação temporal para a dedução de juros sobre capital próprio de exercícios anteriores

**Somente para concursos que exijam IRPJ
de forma muito aprofundada**

O pagamento de juros sobre capital próprio referente a exercícios anteriores não representa burla ao limite legal de dedução do exercício, desde que, ao serem apurados, tomando por base as contas do patrimônio líquido daqueles períodos conforme a variação *pro rata die* da Taxa de Juros de Longo Prazo sobre o patrimônio líquido de cada ano, o pagamento seja limitado ao valor correspondente a 50% do lucro líquido em que se dá o pagamento ou a 50% dos lucros acumulados e reservas de lucros.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.946.363-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22/11/2022 (Info 761).

IRPJ

IRPJ é a sigla para Imposto de Renda de Pessoa Jurídica.

A base de cálculo do IRPJ é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis (art. 44 do CTN).

Em outras palavras, a base de cálculo do IRPJ é o lucro (real, presumido ou arbitrado) correspondente ao período de apuração.

Conforme mencionado acima, existem três formas de tributação das pessoas jurídicas:

- a) Lucro real;
- b) Lucro presumido;
- c) Lucro arbitrado.

Lucro real é forma de tributação do imposto de renda de pessoa jurídica.

O cálculo do IRPJ devido é feito pela aplicação da alíquota sobre o “lucro líquido” da empresa (e não sobre um percentual presumido do faturamento).

A principal vantagem do lucro real é que nele a empresa poderá descontar do valor de lucro as despesas que teve com a atividade produtiva. Assim, o tributo é pago com base no lucro real do negócio (receitas menos despesas), com os ajustes previstos em lei.

CSLL

CSLL é a sigla para Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Segundo a Lei que rege a CSLL, a base de cálculo dessa contribuição “é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda” (art. 2º da Lei nº 7.689/88).

Desse modo, a base de cálculo da CSLL também é o lucro, mas apurado antes da provisão para o IRPJ.

Juros sobre capital próprio (JCP)

Os juros sobre o capital próprio são um tipo de remuneração a ser paga aos sócios ou acionistas de uma sociedade empresária em virtude do investimento que eles realizam na atividade empresarial explorada

pela companhia pagadora. Vale ressaltar que o sócio ou acionista recebe o JCP independentemente da distribuição de lucros a que terá direito, ou seja, em tese, ele pode receber os dois.

O JCP é considerado como um instituto híbrido de Direito Tributário e Direito Empresarial, possuindo natureza jurídica sui generis.

A Lei nº 9.249/95 autoriza que a empresa que recolhe imposto de renda com base no lucro real possa deduzir o valor do JCP, pagando, com isso, menos IRPJ e menos CSLL:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

(...)

§ 11. O disposto neste artigo aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Imagine agora a seguinte situação adaptada:

No período de 2001 a 2005, Alfa S/A não pagou os juros sobre capital próprio (JCP).

Somente em 2006, ela pagou o JCP aos seus acionistas e, em consequência, descontou R\$ 12 milhões na apuração dos lucros para efeito de apuração do IRPJ e da CSLL.

O Fisco não concordou e lavrou Auto de Infração contra a empresa dizendo que o JCP de 2006 foi apenas de R\$ 3 milhões.

A empresa afirmou que esses outros R\$ 9 milhões eram referentes aos outros anos.

O Fisco rejeitou essa defesa argumentando que o pagamento de juros sobre capital próprio referente a exercícios anteriores representa burla ao limite legal de dedução do exercício. Para a Receita Federal, a empresa não poderia ter deduzido em 2006 despesas de JCP incorridas naquele ano, ainda que relativa aos períodos de 2001 a 2005, admitindo a dedução apenas do JCP calculado em 2006.

Por outro lado, para a empresa contribuinte o procedimento adotado está amparado pelo art. 9º da Lei nº 9.249/95, inexistindo vedação na legislação de regência para a dedução de juros sobre o capital próprio relativos a exercícios anteriores.

A questão foi judicializada e chegou até o STJ.

O STJ concordou com o argumento da Receita Federal? O pagamento de juros sobre capital próprio referente a exercícios anteriores representa necessariamente burla ao limite legal de dedução do exercício?

NÃO.

Conforme já explicado, a empresa contribuinte alegou, no STJ, que sofreu autuação pela Receita Federal do Brasil para cobrança de IRPJ e CSLL decorrente da glosa de juros sobre o capital próprio (JCP), relativos a exercícios anteriores.

Para a empresa, a Lei nº 9.249/95 prevê limites e condições para a apuração do valor de JCP em cada ano-calendário, mas não exige que o seu pagamento seja realizado no mesmo ano-calendário a que se referem, ficando a critério da empresa decidir quando e quais valores poderão ser deliberados, creditados e/ou pagos.

Com isso, a discussão que o STJ travou foi a respeito da possibilidade de deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas com o pagamento ou crédito de juros sobre capital próprio de exercícios anteriores. O STJ vem se manifestando favoravelmente à possibilidade de dedução:

(...) I - Discute-se, nos presentes autos, o direito ao reconhecimento da dedução dos juros sobre capital próprio transferidos a seus acionistas, quando da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2002, relativo aos anos-calendários de 1997 a 2000, sem que seja observado o regime de competência.

II - A legislação não impõe que a dedução dos juros sobre capital próprio deva ser feita no mesmo exercício-financeiro em que realizado o lucro da empresa. Ao contrário, permite que ela ocorra em ano-calendário futuro, quando efetivamente ocorrer a realização do pagamento.

III - Tal conduta se dá em consonância com o regime de caixa, em que haverá permissão da efetivação dos dividendos quando esses foram de fato despendidos, não importando a época em que ocorrer, mesmo que seja em exercício distinto ao da apuração.

IV – “O entendimento preconizado pelo Fisco obrigaria as empresas a promover o creditamento dos juros a seus acionistas no mesmo exercício em que apurado o lucro, impondo ao contribuinte, de forma oblíqua, a época em que se deveria dar o exercício da prerrogativa concedida pela Lei 6.404/1976”.

V - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.086.752/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17/2/2009, DJe de 11/3/2009.)

O art. 9º da Lei nº 9.249/95 não impõe limitação temporal para a dedução de juros sobre capital próprio de exercícios anteriores. Entretanto, defende a Fazenda Nacional que, ao se referir ao “patrimônio líquido” da sociedade, a legislação limita a dedução aos valores pagos no exercício em curso, sobretudo quando em consonância com o art. 177 da Lei nº 6.404/76 e art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que impõem a observância do regime de competência na apuração do lucro real.

A norma determina textualmente que a pessoa jurídica pode deduzir os juros sobre capital próprio do lucro real e resultado ajustado, no momento do pagamento a seus sócios/acionistas, impondo como condição apenas a existência de lucros do exercício ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior a duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

Em se tratando de juros sobre capital próprio, o seu pagamento decorre necessariamente da deliberação do órgão societário, momento em que surge a respectiva obrigação. Sendo assim, ao ser constituída a obrigação de pagamento, é realizado o reconhecimento contábil pela companhia de acordo com o regime de competência, de modo que é perfeitamente possível afirmar que há respeito ao regime contábil em comento no pagamento de juros sobre capital próprio de exercícios anteriores.

Por fim, cabe mencionar que o pagamento de juros sobre capital próprio referente a exercícios anteriores não representa burla ao limite legal de dedução do exercício, desde que, ao serem apurados, tomando por base as contas do patrimônio líquido daqueles períodos com base na variação pro rata die da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) sobre o patrimônio líquido de cada ano, o pagamento seja limitado ao valor correspondente a 50% do lucro líquido em que se dá o pagamento ou a 50% dos lucros acumulados e reservas de lucros.

Em suma:

O pagamento de juros sobre capital próprio referente a exercícios anteriores não representa burla ao limite legal de dedução do exercício, desde que, ao serem apurados, tomando por base as contas do patrimônio líquido daqueles períodos conforme a variação *pro rata die* da Taxa de Juros de Longo Prazo sobre o patrimônio líquido de cada ano, o pagamento seja limitado ao valor correspondente a 50% do lucro líquido em que se dá o pagamento ou a 50% dos lucros acumulados e reservas de lucros.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.946.363-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22/11/2022 (Info 761).

Não confundir com PIS e CONFINS

Não são dedutíveis da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS o valor destinado aos acionistas a título de juros sobre o capital próprio, na vigência da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003.

Não é possível classificar os juros sobre capital próprio como sendo “lucros e dividendos” em razão de possuírem diferenças jurídicas. Logo, não se pode excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os JCP (juros sobre capital próprio) invocando o art. 1º, §3º, V, “b”, da Lei nº 10.637/2002 e o mesmo dispositivo da Lei nº 10.833/2003, considerando que eles tratam apenas de “lucros e dividendos”.

STJ. 1ª Seção REsp 1200492-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14/10/2015 (recurso repetitivo) (Info 577).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) Há relação de consumo em contrato de seguro de responsabilidade civil de conselheiros, diretores e administradores de sociedade empresária (Seguro RC D&O). ()
- 2) A eficácia preclusiva da coisa julgada impede a apreciação de questões deduzidas e dedutíveis, ainda que não tenham sido examinadas, desde que atinentes à mesma causa de pedir. ()
- 3) Em procedimento de jurisdição voluntária, quando a parte ré concorda com o pedido formulado na inicial, mas formula pedido autônomo: I) se o Juiz não admitir o pedido autônomo como reconvenção e julgar apenas a pretensão autoral, não serão devidos honorários de sucumbência; II) se o Juiz admitir o pedido autônomo como reconvenção e julgar ambas as pretensões, serão devidos honorários de sucumbência apenas na reconvenção e desde que configurado litígio quanto à pretensão reconvenicional. ()
- 4) É válida a intimação realizada em nome de advogado constituído nos autos se os poderes a ele outorgados tiverem sido substabelecidos com reserva. ()
- 5) A sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, de maneira que é indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos eventualmente interpostos. ()
- 6) É possível que o advogado, no cumprimento de sentença no qual está cobrando os honorários advocatícios sucumbenciais, consiga a penhora de parte dos valores depositados, na ação de conhecimento, como caução (contracautela) pela parte contrária ao seu cliente. ()
- 7) Em ação rescisória, o depósito prévio pode ser realizado por outros meios diferentes de dinheiro, como é o caso de imóveis. ()
- 8) É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora, desde que antes da prolação de sentença de mérito. ()
- 9) A atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com a qualificadora do motivo fútil, que fora deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras no caso concreto. Isso, porque são circunstâncias igualmente preponderantes, já que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu (art. 67 do CP). ()
- 10) O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido pela Lei nº 13.924/2019, não pode ser aplicado a fatos anteriores à sua vigência. ()
- 11) Compete à Justiça Federal processar e julgar o conteúdo de falas de suposto cunho homofóbico divulgadas na internet, em perfis abertos da rede social Facebook e na plataforma de compartilhamento de vídeos Youtube, ambos de abrangência internacional. ()
- 12) A ausência do membro do Ministério Público na oitiva de testemunhas da acusação durante audiência de instrução permite que o magistrado formule perguntas diretamente a estas. ()
- 13) É lícito ao juiz alterar a tipificação jurídica da conduta do réu no momento da sentença, sem modificar os fatos descritos na denúncia, desde que haja abertura de prazo para aditamento. ()
- 14) A pena integralmente cumprida interfere nos cálculos de benefícios em nova execução penal. ()
- 15) A indenização correspondente à variação do preço da participação acionária e das bonificações na emissão de ações no âmbito das privatizações do setor de telefonia são indenizações a título de lucros cessantes correspondentes ao ganho de capital e devem ser tributadas pelo Imposto de Renda. ()
- 16) O tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com a atuação direta dos sócios, com responsabilidade pessoal destes e sem caráter empresarial. ()

Gabarito

1. E	2. C	3. C	4. C	5. C	6. C	7. E	8. E	9. C	10. E
11. C	12. E	13. E	14. E	15. C	16. C				