

Informativo comentado:

Informativo 787-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

- *Não ocorre renúncia tácita à prescrição, a ensejar o pagamento retroativo de parcelas anteriores à mudança de orientação jurídica, quando a Administração Pública reconhece administrativamente o direito pleiteado pelo interessado.*

BENS PÚBLICOS

- *No período entre a Lei nº 11.481/2007 (publicada em 31/05/2007) e a decisão do STF na ADI 4264 (cuja ata de julgamento foi publicada em 28/3/2011), os chamamentos feitos por edital devem ser considerados válidos.*

TEMAS DIVERSOS

- *Demandas propostas contra o Banco do Brasil discutindo saques indevidos de PASEP.*

DIREITO AMBIENTAL

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

- *Para a aplicação válida de multa administrativa ambiental não se exige que o órgão ambiental tenha previamente aplicado a pena de advertência; é possível aplicar a multa como primeira sanção.*

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

- *O anterior titular não estará obrigado a reparar dano ambiental superveniente à cessação de sua propriedade ou posse, exceto se tiver concorrido para sua causação.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

- *O plano de saúde é obrigado a custear cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica?*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

- *Para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação é necessária a autorização expressa dos filiados ou beneficiários.*

EXECUÇÃO FISCAL

- *As execuções fiscais envolvendo a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da Lei 13.043/2014 devem permanecer na Justiça Estadual mesmo após a EC 103/2019, que não revogou o art. 75 da Lei 13.043/2014.*

AÇÃO MONITÓRIA

- *Cabe agravo de instrumento contra a decisão que acolhe os embargos à monitória para excluir um dos litisconsortes passivos.*

DIREITO PENAL

CRIME CONTINUADO

- *Súmula 659 do STJ.*

REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

- *Para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), não é indispensável a restrição da liberdade das vítimas.*

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

- *No REsp 1.977.165/MS, o STJ relativizou o entendimento do Tema 918 e da Súmula 593; neste caso, o STJ afirmou que a situação era diferente e decidiu que houve crime.*

CONTRABANDO

- *O princípio da insignificância pode ser aplicado para o contrabando de até mil maços de cigarro, salvo se houver reiteração.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- *Mesmo com a expedição de carta precatória, que não suspende a instrução criminal, o interrogatório deve ser o último ato, não podendo ser realizado antes da oitiva das testemunhas.*

EXECUÇÃO PENAL (FALTA GRAVE)

- *Súmula 660 do STJ.*
- *Súmula 661 do STJ.*

EXECUÇÃO PENAL (PRESÍDIOS FEDERAIS)

- *Súmula 662 do STJ.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- *Súmula 658 do STJ.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

Não ocorre renúncia tácita à prescrição, a ensejar o pagamento retroativo de parcelas anteriores à mudança de orientação jurídica, quando a Administração Pública reconhece administrativamente o direito pleiteado pelo interessado

ODS 8 E 16

Não ocorre renúncia tácita à prescrição (art. 191 do Código Civil), a ensejar o pagamento retroativo de parcelas anteriores à mudança de orientação jurídica, quando a Administração Pública, inexistindo lei que, no caso concreto, autorize a mencionada retroação, reconhece administrativamente o direito pleiteado pelo interessado.

STJ. 1^a Seção. REsp 1.925.192-RS, 1.925.193-RS e 1.928.910-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1109) (Info 787).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina ingressou, no serviço público federal, ainda na década de 70, como celetista. De 1980 a 1988, ela exerceu atividades insalubres.

Em 1990, com o advento da Lei nº 8.112/90, Regina passou para o regime estatutário.

Em 1996, Regina se aposentou.

No momento da sua aposentadoria, o período em que ela trabalhou em atividades insalubres não foi considerado como tempo especial porque, na época, o entendimento do TCU era no sentido de que, se o servidor tivesse trabalhado, como celetista, em condições especiais, não se poderia aproveitar esse interregno como tempo especial para aposentadoria estatutária:

Súmula 24-TCU: Não pode ser aplicada, para efeito de aposentadoria estatutária, na Administração Pública Federal, a contagem ficta do tempo de atividades consideradas insalubres, penosas ou perigosas, com o acréscimo previsto para as aposentadorias previdenciárias segundo legislação própria, nem a contagem ponderada, para efeito de aposentadoria ordinária, do tempo relativo a atividades que permitiriam aposentadoria especial com tempo reduzido.

Dez anos depois, em 2006, o TCU superou o entendimento manifestado na Súmula 245/TCU, passando a admitir, daí em diante, "a possibilidade da contagem, para fins de aposentadoria, do tempo de serviço especial exercido pelo servidor em condição penosa, insalubre ou perigosa, como celetista no serviço público, ou seja, antes do advento da Lei n. 8.112/1990" (Acórdão 2008/2006 do TC, Processo TC n. 007.079/2006-1, Rel. Ministro Benjamim Zymler, Plenário, julgado em 1º/11/2006).

Em decorrência dessa decisão do TCU, a própria Administração Pública federal, em 06/11/2006, reconheceu e ordenou a revisão das aposentadorias e pensões, inclusive a de Regina, para incluir esse tempo especial.

Por força desse reconhecimento administrativo, Regina passou a ter um aumento de R\$ 500,00 em seus proventos.

Ação judicial pedindo os valores pretéritos

Regina ajuizou ação pedindo o pagamento dos valores retroativos desde a aposentadoria em 1996. Argumentou que ficou caracterizada a renúncia, pela Administração Pública, à prescrição, nos termos do art. 191 do Código Civil:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

A autora pediu, portanto, que a União fosse condenada a pagar o valor relativo às diferenças do período compreendido entre a data da aposentadora e a implantação da vantagem em folha, com correção monetária e juros.

Subsidiariamente, requereu o pagamento das diferenças de proventos no período entre 06/11/2006 (data de publicação do acórdão do TCU) e a implantação em folha. Sucessivamente, requereram o pagamento das diferenças de proventos no período compreendido entre os cinco anos que antecederam o requerimento administrativo até a implantação em folha da vantagem remuneratória.

Os argumentos de Regina foram acolhidos pelo STJ? Há renúncia tácita da prescrição, como prevista no art. 191 do CC, quando a Administração Pública, no caso concreto, reconhece o direito pleiteado pelo interessado?
NÃO.

Conforme já explicado, em 2006, o Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu por superar entendimento contrário (Súmula n. 245/TCU), passando a admitir, daí em diante, "a possibilidade da contagem, para fins de aposentadoria, do tempo de serviço especial exercido pelo servidor em condição penosa, insalubre ou perigosa, como celetista no serviço público, ou seja, antes do advento da Lei n. 8.112/1990" (Acórdão n. 2008/2006 do TC, Processo TC n. 007.079/2006-1, Rel. Ministro Benjamim Zymler, Plenário, julgado em 1º/11/2006, publicado em 10/11/2006).

Com a nova interpretação jurídica implementada pelo TCU, a Administração Pública, por intermédio do Ministério do Planejamento, realinhou suas rotinas quanto ao tema, editando, já no ano seguinte, as

Orientações Normativas MPOG/SRH n. 3 e 7, ambas de 2007, condicionando a revisão das aposentadorias, com base na contagem do tempo especial pretérito, à apresentação de requerimento pelo servidor interessado.

Regularmente provocada pelo servidor, ativo ou aposentado, a Administração passou a deferir a contagem do tempo especial e a alterar, quando pertinente, o próprio ato de aposentação, com o reconhecimento dos acréscimos financeiros daí resultantes, fazendo-os retroagir, porém, apenas até à data em que proferido o Acórdão n. 2008/2006 do TCU (10/11/2006). Assim, desde logo são implementadas as diferenças de valores nas folhas de pagamentos seguintes.

Todavia, por conta da burocracia administrativa, não há o imediato pagamento do montante das diferenças retroativas, ou seja, entre a data do acórdão do TCU e a da efetiva implantação dos valores mensais nos holerites dos aposentados beneficiados com a mencionada mudança de entendimento. Por isso, a propositura de ações judiciais, como a de Regina, para se condenar a União a esse pagamento dos valores pretéritos não adimplidos, quando os aposentados formulam pedido no sentido de que os “atrasados” retroajam até à data da própria aposentadoria, e não apenas àquela do acórdão do TCU, como delimitado pela Administração.

No caso, a questão controvertida está em saber se a Administração Pública, ao retificar administrativamente o ato de aposentadoria (para inclusão de contagem de tempo de serviço especial), teria, *ipso facto*, renunciado tacitamente à prescrição dos efeitos financeiros pretéritos daí decorrentes, relativos ao período compreendido entre as datas de sua passagem para a inatividade e da efetiva implantação em folha dos valores acrescidos.

As instâncias judiciais ordinárias, invocando precedentes do STJ, vêm deferindo a retroação até à data do jubilamento, tendo a Administração deferido a contagem do tempo especial e seus reflexos financeiros quando já decorridos mais de cinco anos da aposentadoria do interessado (art. 1º do Decreto n. 20.910/1932). Ou seja, quando já prescrito o respectivo fundo de direito, caracterizaria renúncia tácita da Administração à prescrição, que já se havia consumado em desfavor do aposentado, nos termos do art. 191 do Código Civil.

No entanto, tal raciocínio não pode ser transportado e aplicado para a controvérsia trazida neste repetitivo, porque, no caso, o reconhecimento administrativo da possibilidade da contagem de tempo ficto não se lastreou em lei autorizativa específica, obstaculizando a compreensão de ter havido a questionada renúncia tácita pela União.

A edição de prévia lei autorizativa é condição para a renúncia à prescrição que venha a importar na produção de efeitos retroativos que extrapolam a legislação ordinária de regência. Na espécie, não se verifica a edição prévia de lei formal autorizativa, porquanto o motivo da portaria retificadora veio a ser a incorporação do novo entendimento exarado no Acórdão TCU n. 2008/2006.

Ademais, considerar a postura do ente público como renúncia da prescrição, além de ilegal, acarretaria uma situação de perplexidade, pois tornaria os efeitos do reconhecimento administrativo do direito muito mais gravosos à Administração Pública do que se ela tivesse negado esse mesmo direito ao interessado, quando sobre ele já operada a prescrição do respectivo fundo de direito. Nesse sentido, não há proibição de que a revisão do ato administrativo seja realizado para melhorar a situação jurídica do interessado.

Portanto, a melhor interpretação deve ser a de prestigiar a deliberação tomada pelo TCU, em homenagem ao princípio da deferência administrativa, sobretudo quanto ao marco inicial definido para o pagamento das diferenças vencimentais (edição do Acórdão TCU n. 2008/2006).

Assim, fixa-se a seguinte tese:

Não ocorre renúncia tácita à prescrição (art. 191 do Código Civil), a ensejar o pagamento retroativo de parcelas anteriores à mudança de orientação jurídica, quando a Administração Pública, inexistindo lei que, no caso concreto, autorize a mencionada retroação, reconhece administrativamente o direito pleiteado pelo interessado.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.925.192-RS, 1.925.193-RS e 1.928.910-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1109) (Info 787).

BENS PÚBLICOS

No período entre a Lei nº 11.481/2007 (publicada em 31/05/2007) e a decisão do STF na ADI 4264 (cuja ata de julgamento foi publicada em 28/3/2011), os chamamentos feitos por edital devem ser considerados válidos

ODS 11 E 16

Nos procedimentos de demarcação de terrenos de marinha, é válido o ato jurídico de chamamento de interessados certos ou incertos à participação colaborativa com a Administração formalizado exclusivamente por meio de edital, desde que o ato tenha sido praticado no período de 31/05/2007 até 28/03/2011, em que produziu efeitos jurídicos a alteração legislativa do art. 11 do Decreto-lei nº 9.760/46 promovida pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.015.301-MA e 2.036.429-MA, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1199) (Info 787).

O que são terrenos de marinha?

Terrenos de marinha são “todos aqueles que, banhados pelas águas do mar ou dos rios e lagoas navegáveis (estes últimos, exclusivamente, se sofrerem a influência das marés, porque senão serão terrenos reservados), vão até a distância de 33 metros para a parte da terra contados da linha do preamar médio, medida em 1831” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 417).

Os terrenos de marinha são bens da União (art. 20, VII, da CF/88). Isso se justifica por se tratar de uma região estratégica em termos de defesa e de segurança nacional (é a “porta de entrada” de navios mercantes ou de guerra).

Enfiteuse (ou aforamento)

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1311) explica que, em algumas regiões, a União permitiu que particulares utilizassem, de forma privada, imóveis localizados em terrenos de marinha. Como essas áreas pertencem à União, o uso por particulares é admitido pelo regime da enfiteuse (aforamento), que funciona, em síntese, da seguinte forma:

- a União (senhorio direto) transfere ao particular (enfiteuta) o domínio útil;
- o particular (enfiteuta) passa a ter a obrigação de pagar anualmente uma importância a título de foro ou pensão.

O particular (enfiteuta) pode transferir para outras pessoas o domínio útil que exerce sobre o bem?

SIM. Tome-se o seguinte exemplo: João reside em uma casa localizada dentro de um terreno de marinha, possuindo, portanto, apenas o domínio útil sobre o bem e pagando, anualmente, o foro. Ocorre que ele quer se mudar. Diante disso, poderá “vender” o domínio útil para outra pessoa.

A pessoa que transferir o domínio útil do imóvel terá que pagar algum valor para a União?

SIM. A legislação estabelece que a pessoa, antes de efetuar a transferência, deverá pagar 5% do valor do domínio útil à União. Assim, em nosso exemplo, João terá que recolher em favor da União 5% do valor do domínio útil de sua casa pelo simples fato de ela estar localizada em terreno de marinha.

Esse valor é chamado de laudêmio e seu pagamento está previsto no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.398/87:

Art. 3º A transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil e da inscrição de ocupação de terreno da União ou de cessão de direito a eles relativos dependerá do prévio recolhimento do laudêmio pelo vendedor, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, excluídas as benfeitorias. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

Transação deve ser comunicada à Secretaria do Patrimônio da União

Para a concretização da transferência do aforamento, além do recolhimento prévio do laudêmio, a transação precisa ser comunicada ao Serviço do Patrimônio da União – SPU (atualmente denominado de Secretaria do Patrimônio da União). Assim, o adquirente deverá requerer, no prazo de 60 dias, a transferência da enfiteuse para o seu nome, conforme determina o art. 116 do Decreto-Lei 9.760/46:

Art. 116. Efetuada a transação e transcrita o título no Registro de Imóveis, o adquirente, exibindo os documentos comprobatórios, deverá requerer, no prazo de 60 (sessenta) dias, que para o seu nome se transfiram as obrigações enfitêuticas.

§ 1º A transferência das obrigações será feita mediante averbação, no órgão local do S.P.U., do título de aquisição devidamente transcrito no Registro de Imóveis, ou, em caso de transmissão parcial do terreno, mediante térmo.

(...)

O § 2º do art. 116 prevê uma multa para o caso de o adquirente não requerer essa transferência:

§ 2º O adquirente estará sujeito à multa de 0,50% (cinquenta centésimos por cento), por mês ou fração, sobre o valor do terreno, caso não requeira a transferência no prazo estabelecido no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

Demarcação dos terrenos de marinha

O Decreto-lei nº 9.760/46 dispõe sobre os bens imóveis da União, tratando, dentre eles, sobre os terrenos de marinha.

O Decreto-lei prevê, em seus arts. 9º a 14, um complexo procedimento para a identificação da linha do preamar médio naquela localidade específica, de forma a permitir a realização da demarcação dos terrenos de marinha.

Essa demarcação é feita pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU) com a notificação pessoal de todos os interessados identificados e com domicílio certo, devendo ser assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Chamamento de interessados no processo de demarcação

O art. 11 do Decreto-Lei nº 9.760/46, antes da Lei nº 11.481/2007 (publicada em 31/05/2007), previa:

Art. 11. Para a realização do trabalho, o S. P. U. convidará os interessados, certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando.

O dispositivo legal supramencionado foi alterado pela Lei nº 11.481/2007 e passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 11. Para a realização da demarcação, a SPU convidará os interessados, **por edital**, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

Em 2011, a alteração promovida pela Lei nº 11.481/2007 foi declarada inconstitucional pelo STF, em sede de medida cautelar:

Em conclusão, o Plenário, por maioria, deferiu pedido de medida cautelar em ação direta ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco para declarar a inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-lei 9.760/46, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.481/2007, que autoriza o Serviço de

Patrimônio da União - SPU a notificar, por edital, os interessados no procedimento de demarcação dos terrenos de marinha, “para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando” — v. Informativo 615.

Afirmou-se cuidar-se de remarcação, e não de simples demarcação de área de marinha. Enfatizou-se que, nos dias de hoje, tais terrenos constituiriam instituto obsoleto e que seria muito difícil, sobretudo nas cidades litorâneas, existir terreno de marinha ainda não demarcado.

Em virtude disso, concluiu-se pela necessidade de chamamento, por notificação pessoal, dos interessados certos, os quais teriam seus nomes inscritos nos registros do Patrimônio da União, porque seriam foreiros e pagariam o laudêmio a cada ano. Ressaltou-se que o tema seria complexo, de difícil equacionamento, à luz da urbanização crescente da sociedade brasileira e que essa permanência dos terrenos de marinha poderia significar retardo no processo de desenvolvimento, ao encarecer imóveis.

STF. Plenário. ADI 4264 MC/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/3/2011.

No período entre a Lei nº 11.481/2007 (publicada em 31/05/2007) e a decisão do STF na ADI 4264 (cuja ata de julgamento foi publicada em 28/3/2011), os chamamentos feitos por edital devem ser considerados válidos?

SIM.

Conforme vimos acima, o art. 5º da Lei nº 11.481, de 31/05/2007, estatuiu que “para a realização da demarcação, a SPU convidará os interessados, por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando”.

Antes da Lei nº 11.481/2007, os eventuais interessados “certos” (ou seja, conhecidos pela Administração Pública) tinham o direito subjetivo de serem pessoalmente notificados acerca do início do procedimento demarcatório dos terrenos de marinha situados no município de seu domicílio.

A partir da Lei nº 11.481/2007, esse direito foi suprimido, sendo todos os potenciais interessados, certos ou indeterminados, notificados por meio de simples chamamento editalício (edital).

Essa alteração foi questionada, em 2009, por meio de ADI proposta no STF (ADI 4.264/PE).

Nessa ação, requereu-se a concessão de medida cautelar, com fundamento no art. 10 da Lei nº 9.868/19, a fim de que o STF, liminarmente, promovesse a suspensão da eficácia do art. 11 do DL 9.760/46, na redação a ele conferida pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007.

O julgamento do pleito cautelar, no Plenário do STF, foi concluído somente em 16/3/2011, oportunidade em que prevaleceu, por apertada maioria, posição favorável ao pleito no sentido de que:

Ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa o convite aos interessados, por meio de edital, para subsidiar a Administração na demarcação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831, uma vez que o cumprimento do devido processo legal pressupõe a intimação pessoal.

STF. Plenário. ADI 4.264/PE-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado 16/3/2011.

Até essa decisão, a Lei nº 11.481/2007 deve ser considerada válida e eficaz. Isso porque, como regra, a medida cautelar concedida pelo STF na ADI possui eficácia meramente prospectiva (“ex nunc”), nos termos do art. 11, § 1º-A, da Lei nº 9.868/99.

Dessa forma, ainda que o STF tenha deferido a medida cautelar no bojo da ADI 4.264/PE para o fim de suspender a eficácia da nova redação conferida ao art. 11 do DL 9.760/46 pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007, essa suspensão não afetou os atos jurídicos realizados antes do deferimento da liminar, os quais, portanto, por ela não foram invalidados.

Por fim, com a extinção da ADI 4.264/PE por “perda superveniente do objeto” nos idos de 2018, deixou de existir, no mundo jurídico, a medida cautelar antes deferida, não tendo havido, portanto, pronunciamento definitivo pelo STF quanto à constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.481/2007. Deve prevalecer, assim, ao menos no período anterior ao da suspensão da eficácia da norma impugnada, a presunção de constitucionalidade inerente a toda e qualquer lei ou ato normativo.

Assim, fixa-se a seguinte tese:

Nos procedimentos de demarcação de terrenos de marinha, é válido o ato jurídico de chamamento de interessados certos ou incertos à participação colaborativa com a Administração formalizado exclusivamente por meio de edital, desde que o ato tenha sido praticado no período de 31/05/2007 até 28/03/2011, em que produziu efeitos jurídicos a alteração legislativa do art. 11 do Decreto-lei nº 9.760/1946 promovida pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007.

STJ. 1ª Seção. REsp 2.015.301-MA e 2.036.429-MA, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1199) (Info 787).

TEMAS DIVERSOS

Demandas propostas contra o Banco do Brasil discutindo saques indevidos de PASEP

ODS 16

I) O Banco do Brasil tem legitimidade passiva *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda na qual se discute eventual falha na prestação do serviço quanto a conta vinculada ao PASEP, saques indevidos e desfalques, além da ausência de aplicação dos rendimentos estabelecidas pelo Conselho Diretor do referido programa;

II) A pretensão ao ressarcimento dos danos havidos em razão dos desfalques em conta individual vinculada ao PASEP se submete ao prazo prescricional decenal previsto pelo artigo 205 do Código Civil; e

III) O termo inicial para a contagem do prazo prescricional é o dia em que o titular, comprovadamente, toma ciência dos desfalques realizados na conta individual vinculada ao PASEP.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.895.936-TO, 1.895.941-TO e 1.951.931-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgados em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1150) (Info 787).

NOÇÕES GERAIS SOBRE PASEP

PIS-Pasep

O PIS e o Pasep são duas contribuições sociais (tributos) cobradas pela União.

- PIS é a sigla de “Programa de Integração Social”: instituída pela Lei Complementar 7/70.
- Pasep, por sua vez, significa “Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público”: criada pela Lei Complementar 8/70.

Possuem a natureza jurídica de contribuições para financiamento da seguridade social.

Unificação

Como vimos acima, esses dois tributos foram criados separadamente. No entanto, em 1976, foi editada a Lei Complementar 26, que unificou as duas contribuições. Elas passaram a se chamar simplesmente “PIS-Pasep”.

Veja o que disse o art. 1º da LC 26/76:

Art. 1º A partir do exercício financeiro a iniciar-se em 1º de julho de 1976, serão unificados, sob a denominação de PIS-Pasep, os fundos constituídos com os recursos do Programa de Integração Social (PIS) e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), instituídos pelas Leis Complementares nºs 7 e 8, de 7 de setembro e de 3 de dezembro de 1970, respectivamente.

O PIS era pago pelas empresas e o PASEP pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Destinação das verbas arrecadadas

Até 04/10/1988, ou seja, um dia antes de a CF/88 entrar em vigor, o dinheiro arrecadado com o PIS-Pasep era utilizado para formar um fundo, cujas cotas pertenciam aos trabalhadores. Assim, cada trabalhador ou servidor tinha um número de PIS-Pasep onde eram depositados os valores mensalmente. Portanto, quem trabalhou como contratado em uma empresa ou como servidor público antes de 4 de outubro de 1988 tem uma conta no fundo PIS/Pasep.

O art. 239 da CF/88 determinou que as verbas arrecadadas com o PIS-Pasep deveriam ser utilizadas para financiar o programa seguro-desemprego, o abono salarial e outras ações da previdência social:

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego, outras ações da previdência social e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Redação dada pela EC 103/2019)

Desse modo, a partir da CF/88, os recursos arrecadados com o PIS-Pasep não mais são depositados na conta do trabalhador.

O que aconteceu com os valores de PIS-Pasep que estavam depositados nas contas dos trabalhadores?

Eles continuaram a pertencer aos trabalhadores, que continuam podendo levantar (sacar) a quantia nas hipóteses previstas em lei. Veja o que diz o § 2º do art. 239:

Art. 239 (...)

§ 2º Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o "caput" deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

Desse modo, a partir da CF/88 tivemos a seguinte situação:

- valores de PIS-Pasep que estavam depositados nas contas individuais de trabalhadores: foram preservados e os trabalhadores podem sacar em determinadas hipóteses.
- novos valores que forem arrecadados com a contribuição do PIS-Pasep: serão utilizados para financiar o programa seguro-desemprego, o abono salarial e outras ações da previdência social.

O trabalhador pode sacar os recursos do PIS-Pasep?

SIM. Antes, o trabalhador só poderia sacar os recursos em hipóteses legalmente previstas na lei.

Em 2019, contudo, foi editada uma lei autorizando o livre saque integral da quantia.

Estou me referindo à Lei nº 13.932/2019, que alterou o art. 4º da LC 26/75:

Art. 4º (...)

§ 1º Fica disponível a qualquer titular da conta individual dos participantes do PIS-Pasep o saque integral do seu saldo a partir de 19 de agosto de 2019. (Redação dada pela Lei nº 13.932/2019)

Vale ressaltar que, apesar de ter sido autorizado o livre saque dessas quantias, muitas pessoas ainda não fizeram o levantamento e esse dinheiro está “parado” nas contas individuais de PIS-Pasep.

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ingressou no serviço público no ano de 1981.

Em 2017, ele atingiu a idade necessária para ter direito de sacar os valores depositados em sua conta PASEP.

João se dirigiu, então, ao Banco do Brasil para sacar suas quotas, momento em que descobriu que, na sua conta, havia apenas uma quantia irrisória de R\$ 1.627,00.

Ao analisar o extrato, constatou que ele só tinha esse valor porque foram realizados **saques indevidos** de sua conta.

Além disso, os valores que permaneceram na conta não foram corrigidos monetariamente. Em outras palavras, **não houve a aplicação dos índices de juros e de correção monetária na conta do Pasep.**

Ação de indenização

Diante desse cenário, João ingressou com ação de indenização por danos materiais e morais contra o Banco do Brasil.

Requeru a condenação do réu à restituição dos valores desfalcados da conta PASEP, no total de R\$ 123.966,51, e ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 10.000,00.

Contestação

O Banco do Brasil apresentou contestação, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. Afirmou que não teria responsabilidade já que seria mera operadora do PASEP.

Alegou, ainda, a ocorrência da prescrição, pois a pretensão ao resarcimento dos danos havidos em razão dos desfalques em conta individual vinculada ao Pasep se submeteria ao prazo prescricional quinquenal (5 anos), nos termos do art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 e do REsp 1.205.277/PB. Argumentou que o prazo prescricional de cinco anos teria se iniciado na data do último depósito (1988):

Decreto-Lei 20.910/1932.

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

A discussão chegou ao STJ.

O Banco do Brasil tem legitimidade para figurar como réu nesta demanda?

SIM.

O Banco do Brasil tem legitimidade passiva ad causam para figurar no polo passivo de demanda na qual se discute eventual falha na prestação do serviço quanto a conta vinculada ao PASEP, saques indevidos e desfalques, além da ausência de aplicação dos rendimentos estabelecidas pelo Conselho Diretor do referido programa.

O Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) foi instituído pela Lei Complementar nº 8, de 3/12/1970, que prevê a competência do Banco do Brasil para a administração do Programa e manutenção das contas individualizadas para cada servidor, recebendo comissão pelo serviço prestado. A Lei Complementar n. 26, de 11/09/1975, unificou, a partir de 1º/7/1976, sob a denominação de PIS-Pasep, os fundos constituídos com os recursos do Programa de Integração Social (PIS) e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), instituídos pelas Leis Complementares 7/70 e 8/70, respectivamente.

O art. 7º do Decreto 4.751/2003 previa que a gestão do Pasep compete ao Conselho Diretor do Fundo, cujos representantes são designados pelo Ministro de Estado da Fazenda. De igual modo, o art. 10 do mesmo diploma normativo estabelecia que ao Banco do Brasil, como administrador do Programa, além de manter as contas individualizadas dos participantes do Pasep, compete creditar, nas referidas contas,

a atualização monetária, os juros e o resultado das operações financeiras realizadas, processar as solicitações de saque e de retirada e efetuar os correspondentes pagamentos, conforme autorizado pelo Conselho Diretor do Fundo PIS-Pasep.

Destaque-se que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a União deixou de depositar valores nas contas do PASEP do trabalhador, limitando-se sua responsabilidade ao recolhimento mensal ao Banco do Brasil S.A., nos termos do art. 2º da LC 8/70.

Por força do art. 5º da referida Lei Complementar, a administração do Programa compete ao Banco do Brasil S.A., bem como a respectiva manutenção das contas individualizadas para cada trabalhador, de modo que a responsabilidade por eventuais saques indevidos ou má gestão dos valores depositados na conta do Pasep é atribuída à instituição gestora em apreço.

O STJ possui entendimento de que em ações judiciais nas quais se pleiteia a recomposição do saldo existente em conta vinculada ao Pasep, a União deve figurar no polo passivo da demanda. No entanto, no caso dos autos a demanda não versa sobre índices equivocados de responsabilidade do Conselho Gestor do Fundo, mas sobre responsabilidade decorrente da má gestão do banco, em razão de saques indevidos ou de não aplicação dos índices de juros e de correção monetária na conta do Pasep. Conclui-se que a legitimidade passiva é do Banco do Brasil S.A.

A pretensão está prescrita? O prazo prescricional é de 5 anos?

NÃO.

O STJ possui orientação pacífica de que o prazo quinquenal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei nº 20.910/1932 não se aplica às pessoas jurídicas de direito privado.

No caso em espécie, sendo a ação proposta contra o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, deve-se afastar a incidência do referido dispositivo, bem como da tese firmada no julgamento do Recurso Especial 1.205.277/PB, sob a sistemática dos Recursos repetitivos, de que:

É de cinco anos o prazo prescricional da ação promovida contra a União Federal por titulares de contas vinculadas ao PIS/PASEP visando à cobrança de diferenças de correção monetária incidente sobre o saldo das referidas contas, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei 20.910/32.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.205.277-PB, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27/6/2012.

Ressalte-se que não se emprega o prazo prescricional previsto no art. 10 do Decreto nº 2.052/83, o qual prevê que “A ação para cobrança das contribuições devidas ao PIS e ao PASEP prescreverá no prazo de dez anos, contados a partir da data prevista para seu recolhimento”. Isso porque não se estão cobrando as contribuições, mas, sim, a indenização por danos materiais decorrente da má gestão dos depósitos.

Qual será o prazo prescricional, então?

10 anos, mas não com base no art. 10 do Decreto nº 2.052/83, e sim com base no art. 205 do Código Civil:

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

Assim, nas demandas ajuizadas contra a instituição financeira em virtude de eventual má gestão ou descontos indevidos nas contas do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep, deve-se aplicar o prazo prescricional previsto no art. 205 do Código Civil de 10 anos.

Qual é o termo inicial do prazo prescricional?

O dia em que o titular da conta fica sabendo que foi lesado.

Conforme o princípio da *actio nata*, o curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências. Verifica-se, portanto, que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é o dia em que o titular toma ciência dos desfalques realizados na conta individual vinculada ao Pasep.

Teses fixadas:

- I) O Banco do Brasil tem legitimidade passiva ad causam para figurar no polo passivo de demanda na qual se discute eventual falha na prestação do serviço quanto a conta vinculada ao PASEP, saques indevidos e desfalques, além da ausência de aplicação dos rendimentos estabelecidas pelo Conselho Diretor do referido programa;
- II) A pretensão ao resarcimento dos danos havidos em razão dos desfalques em conta individual vinculada ao PASEP se submete ao prazo prescricional decenal previsto pelo artigo 205 do Código Civil; e
- III) O termo inicial para a contagem do prazo prescricional é o dia em que o titular, comprovadamente, toma ciência dos desfalques realizados na conta individual vinculada ao PASEP.

STJ. 1^a Seção. REsp 1.895.936-TO, 1.895.941-TO e 1.951.931-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1150) (Info 787).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

O plano de saúde é obrigado a custear cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica?

Importante!!!

ODS 3 E 16

- (I) É de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida;
- (II) Havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto ao caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador.

STJ. 2^a Seção. REsp 1.870.834-SP e 1.872.321-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/09/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1069) (Info 787).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina pesava 121kg, com 1,58m de altura e IMC 44.

Diante desse quadro obesidade mórbida, houve recomendação médica para cirurgia bariátrica, que foi realizada.

Com a execução da cirurgia, o resultado esperado foi atingido e Regina eliminou 53kg.

Em decorrência da enorme perda de peso, Regina ficou com excesso de pele, com o aspecto de “asas”, o que passou a causar-lhe constrangimento e desconforto, bem como abalo emocional e psíquico.

Regina pediu que o plano de saúde custeasse a realização de cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional para a retirada do excesso de pele. A cirurgia foi indicada pelo médico que assiste Regina.

Diante desse cenário, Regina ingressou com ação de obrigação de fazer contra o plano de saúde pedindo que o réu fosse condenado a autorizar e realizar a cirurgia conforme indicação no laudo médico.

O plano ofereceu contestação na qual afirmou que a cirurgia pretendida tinha finalidade estética, sendo, portanto, excluída da cobertura contratual e do rol de procedimentos obrigatórios previstos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Vejamos o que o STJ entende sobre o tema.

Em regra, os planos de saúde são obrigados a custear a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica?

SIM.

A obesidade mórbida é considerada doença crônica não transmissível, relacionada na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Logo, o tratamento da obesidade mórbida é de cobertura obrigatória nos planos de saúde (art. 10, caput, da Lei nº 9.656/98):

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:
(...)

A operadora de plano de saúde deve arcar não apenas com os tratamentos destinados à cura da doença, mas também com os tratamentos para as consequências da enfermidade.

Assim, não basta a operadora do plano de saúde se limitar ao custeio da cirurgia bariátrica para suplantar a obesidade mórbida. As dobras de pele resultantes do rápido emagrecimento também devem receber atenção terapêutica, já que podem provocar diversas complicações de saúde, a exemplo da candidíase de repetição, infecções bacterianas devido às escoriações pelo atrito, odor fétido e hérnias. Desse modo, não se pode dizer que a retirada do excesso de tecido epitelial seja um procedimento unicamente estético, considerando que possui também um caráter funcional e reparador.

Qual é a amplitude dessa cobertura?

Reconhecendo-se que a cirurgia plástica complementar ao tratamento de obesidade mórbida não pode ser considerada simplesmente como estética, falta definir a amplitude da cobertura pelos planos de saúde. A ANS incluiu no seu “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” apenas dois procedimentos específicos para tratar complicações que podem surgir após uma cirurgia bariátrica:

- a dermolpectomia abdominal (substituída pela abdominoplastia); e
- a correção da diástase dos retos abdominais (uma condição em que os músculos do abdome se afastam).

Apesar disso, para o STJ, além dos dois procedimentos mencionados, todos os outros procedimentos cirúrgicos que tenham uma finalidade reparadora (ou seja, para corrigir ou melhorar uma condição física ou funcional) também devem ser cobertos ou pagos pelos planos de saúde.

O objetivo de cobrir todos esses procedimentos é garantir uma recuperação completa e abrangente do paciente.

Somente assim, se cumprirá o que determina o art. 35-F da Lei nº 9.656/98:

Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

Esse rol de procedimentos e eventos da ANS é explicativo ou exaustivo?

Em junho de 2022, o STJ decidiu que o rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo (STJ. 2ª Seção EREsp 1886929-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2022).

Ocorre que, depois de uma grande mobilização popular, o Congresso Nacional editou a Lei nº 14.454/2022, que buscou superar o entendimento firmado pelo STJ.

A Lei nº 14.454/2022 alterou o art. 10 da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), incluindo o § 12, que prevê o caráter exemplificativo do rol da ANS:

Art. 10 (...)

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

Vale ressaltar, contudo, que, para o plano de saúde ser compelido a custear, é necessário que esteja comprovada a eficácia do tratamento ou procedimento, nos termos do § 13, também inserido:

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Ainda não se sabe o que o STJ irá decidir depois dessa alteração legislativa.

Vale ressaltar, contudo, que a natureza taxativa ou exemplificativa do rol da ANS não é importante para o presente caso. Isso porque quer se adote os critérios estabelecidos pela Segunda Seção (EREsp 1.886.929/SP e 1.889.704/SP), quer se considere os parâmetros trazidos pela novel legislação (Lei nº 14.454/2022), a conclusão é a mesma: as cirurgias plásticas reparadoras, complementares ao tratamento de obesidade mórbida, devem ser custeadas pelas operadoras de plano de saúde.

Isso significa que toda e qualquer cirurgia plástica estará coberta para os pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica?

NÃO. O plano somente é obrigado a custear as cirurgias plásticas de natureza reparadora, devidamente indicadas pelo médico assistente.

Sobre isso, é importante esclarecer que os procedimentos de cirurgia plástica pós-bariátricos podem ser diferenciados em três tipos:

- i) os procedimentos que efetivamente se prestam a finalidades reparadoras;
- ii) os procedimentos que possuem finalidades apenas estéticas e
- iii) os procedimentos estéticos que podem se prestar a finalidades reparadoras para determinadas funções de partes do corpo, havendo comumente, nesses casos, indicação médica especializada.

Não se tratando de procedimentos que efetivamente se prestam a finalidades reparadoras, mas, ao contrário, que dependem da situação peculiar do paciente, havendo dúvidas justificadas acerca do caráter eminentemente estético da cirurgia, a operadora de plano de saúde pode se socorrer do procedimento da junta médica estabelecido em normativo da ANS.

Em outras palavras, se um procedimento pedido pelo paciente claramente não é para fins reparadores (ex: uma rinoplastia pós-bariátrica) ou se há dúvidas sobre se procedimento é principalmente estético, a empresa de plano de saúde pode recorrer a uma junta médica conforme as regras da ANS para avaliar e determinar a natureza da cirurgia.

Se isso ocorrer, a junta médica deve ser custeada pelo plano de saúde, sendo formada por três profissionais:

- o médico assistente do beneficiário;
- o médico da operadora; e
- o médico desempatador, escolhido de comum acordo entre as partes.

Há possibilidade, ainda, da junta médica à distância, em caso de não poder ser presencial ou não houver profissional especializado na localidade do paciente.

Em suma:

(I) É de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida;

(II) Havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto ao caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador.

STJ. 2^a Seção. REsp 1.870.834-SP e 1.872.321-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/09/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1069) (Info 787).

DOD PLUS – JULGADOS CORRELATOS

Plano de saúde não pode negar o custeio de cirurgia de gastroplastia (indicada para tratamento de obesidade mórbida)

Assim, é abusiva a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas de intervenção cirúrgica de gastroplastia, necessária à garantia da sobrevivência do segurado.

STJ. 3^a Turma REsp 1.249.701-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4/12/2012 (Info 511).

A cirurgia para redução do estômago (gastroplastia), indicada para o tratamento de obesidade mórbida, é procedimento essencial à sobrevida do segurado, sendo ilegítima a negativa de cobertura das despesas médicas pelo plano de saúde.

A recusa a cobertura de tratamento é causa de fixação de indenização por danos morais.

STJ. 3^a Turma. AgRg no AREsp 512484/PA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/09/2015.

DIREITO AMBIENTAL

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Para a aplicação válida de multa administrativa ambiental não se exige que o órgão ambiental tenha previamente aplicado a pena de advertência; é possível aplicar a multa como primeira sanção

ODS 16

A validade das multas administrativas por infração ambiental, previstas na Lei nº 9.605/98, independe da prévia aplicação da penalidade de advertência.

STJ. 1^a Seção. REsp 1.984.746-AL e 1.993.783-PA, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1159) (Info 787).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi autuado pelo IBAMA porque capturou 3kg de caranguejo-uçá no período da andada.

O período da andada do caranguejo refere-se à época de migração reprodutiva de caranguejos, em particular do caranguejo-uçá (*Ucides cordatus*), encontrado no litoral brasileiro.

Durante essa fase, esses caranguejos deixam seus buracos e andam em grandes quantidades para acasalar e liberar seus ovos nas regiões estuarinas e manguezais.

A “andada” ocorre principalmente durante os meses mais chuvosos do ano e é regulada por fatores como a lua e as marés. É proibida a captura de caranguejos durante este período, a fim de proteger a espécie e permitir sua reprodução.

O IBAMA multou o infrator ambiental em R\$ 5 mil.

João ajuizou ação anulatória contra o IBAMA alegando que as sanções decorrentes de infrações ambientais, previstas no art. 72 da Lei nº 9.605/98, estão sujeitas a uma graduação e que somente é possível aplicar a multa se, antes disso, o infrator tiver recebido uma advertência:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - embargo de obra ou atividade;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades;
- X – (VETADO)
- XI - restritiva de direitos.

João argumentou que a exigência de prévia advertência estaria expressamente consignada no art. 72, § 3º, I, da Lei:

Art. 72 (...)

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

- I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;
- (...)

A tese da defesa foi acolhida pelo STJ? Para a aplicação válida de multas administrativas ambientais, previstas na Lei nº 9.605/98, há obrigatoriedade da imposição prévia da pena de advertência?

NÃO.

O art. 225 da CF/88 assegura a todos o “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O constituinte de 1988 abraçou, como dogmática ambiental, uma “concepção juridicamente autônoma do meio ambiente”. Isso significa que a CF/88 distanciou-se de modelos anteriores ao admitir, dentre outros aspectos, que:

- a) o todo e os seus elementos são apreciados e juridicamente valorizados em uma perspectiva relacional ou sistêmica, que vai além da apreensão atomizada e da realidade material individual desses mesmos elementos (ar, água, solo, florestas, etc.);
- b) a valorização do meio ambiente se faz com fundamentos éticos explícitos e implícitos, uma combinação de argumentos antropocêntricos mitigados (= a solidariedade intergeracional, vazada na preocupação com as gerações futuras), biocêntricos e até ecocêntricos;

c) a tutela ambiental deve ser viabilizada por instrumental próprio de implementação, igualmente constitucionalizado, como a ação civil pública, a ação popular, as sanções administrativas e penais e a responsabilidade civil pelo dano ambiental, o que nega aos direitos e às obrigações abstratamente assegurados a má sorte de ficar ao sabor do acaso e da boa vontade do legislador ordinário.

(BENJAMIN, Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Organizadores: J. J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 84-85).

O poder de polícia ambiental atua como instrumento de concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, permitindo a adoção de medidas essencialmente preventivas, tais como a advertência e a exigência de licenças e autorizações para o exercício de atividades potencialmente lesivas à biodiversidade, bem como a atuação repressiva, a exemplo da aplicação de multas e interdições. A penalidade de advertência possui um caráter fundamentalmente educativo, sendo pouco empregada, “seja porque tem se mostrado ineficaz para sua função preventiva e pedagógica, uma vez que os infratores geralmente modificam a conduta após a aplicação de penalidades mais gravosas, seja ainda porque falece-lhe o rigor e a robustez que a proteção ambiental exige” (FURLAN, Anderson. FRACALOSSI, William. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 377).

O vocábulo “advertido” previsto no art. 72, § 3º, I, da Lei nº 9.605/98 não está se referindo à pena de advertência por infração ambiental. Conforme explica Édis Milaré:

“A interpretação literal do sobreditos art. 72, § 2º, da Lei 9.605/1988, sem considerar o disposto no seu art. 6º, tem levado ao equivocado entendimento de que, em toda e qualquer infração, a advertência deveria sempre preceder a aplicação de penalidades mais graves, e, ainda, que jamais seria aplicada isoladamente.

De fato, equivocado esse entendimento, pois os arts. 6º da Lei n. 9.605/1998 e 4º do Decreto 6.514/2008 deixam muito claro que a aplicação de qualquer penalidade há de considerar a gravidade do fato e os antecedentes do infrator. Por esse motivo, conforme as características do caso, nada impede que a autoridade aplique diretamente a multa ou outra sanção que entender cabível, independentemente da incidência de uma advertência anterior. [...]” (Direito do Ambiente. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 360)

Essa conclusão é reforçada por Maria Luiza Machado Granziera:

“Há que se fazer alguns esclarecimentos acerca desses dispositivos legais. As infrações que dão causa à multa simples consistem, primeiramente, no fato de o poluidor não regularizar uma situação de ilícito anteriormente verificada pelo agente do órgão ou entidade de controle ambiental e por ele notificada. O termo advertido, adotado pela lei, refere-se a essa notificação e nada tem a ver com a categoria de infração denominada advertência. Dessa forma, ressaltando a inexistência de uma hierarquia entre as infrações, a aplicação da multa independe de advertência anterior.” (Direito Ambiental. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2019, p. 658)

Logo, nos casos em que a infração ambiental possa causar graves ou irreversíveis danos ecológicos, não há sentido em conferir-se tal prazo ao infrator, nem a lei assim expressamente determina.

A aplicação direta da multa nos casos mais graves de degradação incentivar o cumprimento voluntário das leis e regulamentos ambientais, porquanto a punição financeira se mostra mais eficaz para desencorajar a prática de novas ações por potenciais infratores. Nesse cenário, portanto, verifica-se a ausência de fundamento que ampare a pretensão de se exigir, como condição de validade da multa ambiental imposta por ilícito administrativo, a aplicação antecedente da penalidade de advertência.

A escolha da penalidade aplicável deve observar, primeiramente, a gravidade do fato e, posteriormente, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica. Esses são os critérios norteadores do tipo de

penalidade a ser imposta (STJ. 1^a Turma. REsp 1.318.051/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17/3/2015). Não exige a lei, portanto, que a advertência seja uma etapa prévia obrigatória.

Nesse sentido:

"(...) o que determina a penalidade aplicável é o tipo e a gravidade da transgressão cometida, isto é, a aplicação de multa simples ou de embargo de atividade não precisa ser, necessariamente, precedida pela advertência" (TRENNENPOHL, Curt. TRENNENPOHL, Terence. TRENNENPOHL, Natascha. Infrações Ambientais - Comentários ao Decreto 6.514/2008. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 104)

Tese fixada:

A validade das multas administrativas por infração ambiental, previstas na Lei n. 9.605/1998, independe da prévia aplicação da penalidade de advertência.

STJ. 1^a Seção. REsp 1.984.746-AL e 1.993.783-PA, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1159) (Info 787).

DOD PLUS – JULGADO CORRELATO

Configurada infração ambiental grave, é possível a aplicação da pena de multa sem a necessidade de prévia imposição da pena de advertência (art. 72 da Lei 9.605/98).

STJ. 1^a Turma. REsp 1318051-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17/3/2015 (Info 561).

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

O anterior titular não estará obrigado a reparar dano ambiental superveniente à cessação de sua propriedade ou posse, exceto se tiver concorrido para sua causação

Importante!!!

ODS 13 e 16

As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo possível exigí-las, à escolha do credor, do proprietário ou possuidor atual, de qualquer dos anteriores, ou de ambos, ficando isento de responsabilidade o alienante cujo direito real tenha cessado antes da causação do dano, desde que para ele não tenha concorrido, direta ou indiretamente.

STJ. 1^a Seção. REsp 1.953.359-SP e 1.962.089-MS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgados em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1204) (Info 787).

Obs: essa tese acima fixada complementa a Súmula 623 do STJ: As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

NATUREZA PROPTER REM DAS OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS (SÚMULA 623-STJ)

Imagine a seguinte situação hipotética:

João possuía uma fazenda e parte dela estava em área de preservação permanente.

Em 2015, João fez um desmatamento em sua propriedade e parte das árvores derrubadas estavam na área de preservação permanente.

Vale ressaltar que isso foi feito sem qualquer autorização das autoridades ambientais.

Em 2016, João vendeu o imóvel a Pedro.

Em 2017, foi constado o desmatamento ilegal.

Dante disso, o Ministério Público ajuizou ação civil pública pedindo que Pedro seja condenado a fazer a recomposição florestal.

Pedro demonstrou, por meio de fotos e perícia que, quando ele comprou a fazenda, a situação já estava daquele jeito e o desmatamento já havia sido realizado. Com isso, ele ficará desobrigado de reparar os danos ambientais?

NÃO.

As obrigações ambientais (ex: obrigação de reparar os danos ambientais) são *propter rem*. Isso significa que as obrigações ambientais aderem ao título de domínio ou posse e se transferem ao atual proprietário ou possuidor, ainda que eles não tenham sido os responsáveis pela degradação ambiental.

Vale ressaltar também que não interessa discutir a boa ou má-fé do adquirente, considerando que não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.

O atual titular, que se mantém inerte em face de degradação ambiental, ainda que pré-existente, comete ato ilícito, pois a preservação das áreas de preservação permanente e da reserva legal constituem “imposições genéricas, decorrentes diretamente da lei. São, por esse enfoque, pressupostos intrínsecos ou limites internos do direito de propriedade e posse (...) quem se beneficia da degradação ambiental alheia, a agrava ou lhe dá continuidade não é menos degradador” (STJ. 2ª Turma. REsp 948.921/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/11/2009).

O art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal) expressamente atribui caráter ambulatorial à obrigação ambiental, ao dispor que:

Art. 2º (...)

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Tal norma, somada ao art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 que estabelece a responsabilidade ambiental objetiva, alicerça o entendimento de que “a responsabilidade pela recomposição ambiental é objetiva e *propter rem*, atingindo o proprietário do bem, independentemente de ter sido ele o causador do dano” (AgInt no REsp 1.856.089/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/6/2020).

Escolha do credor

Vale ressaltar que o mais comum é que a obrigação ambiental seja exigida do possuidor ou proprietário atual em virtude da facilidade de localização e maior efetividade em caso de execução. No entanto, existe uma solidariedade entre o atual e os anteriores, de forma que o credor pode escolher aqueles que serão açãoados.

Assim, de acordo com a jurisprudência do STJ, “a responsabilidade civil por danos ambientais é *propter rem*, além de objetiva e solidária entre todos os causadores diretos e indiretos do dano” (STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 2.115.021/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 16/3/2023).

Esse entendimento encontra-se materializado em um enunciado do STJ:

Súmula 623-STJ: As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

O INDIVÍDUO QUE VENDEU O IMÓVEL ANTES DA CAUSAÇÃO DO DANO E QUE NÃO CONCORREU, DIRETA OU INDIRETAMENTE PARA ELE, FICA ISENTO DE RESPONSABILIDADE

A Súmula 623 do STJ não é completa. Isso porque não tratou, de forma particularizada, do caso em que o anterior titular não deu causa ao dano ambiental ou a irregularidade. Neste caso, mesmo assim ele será solidariamente responsável?

Podemos imaginar duas hipóteses:

1) O antigo titular não causou o dano e, na época em que ele estava no domínio ou posse do imóvel, não havia dano ambiental (o dano é posterior):

Quando o dano é posterior à cessação do domínio ou da posse do alienante, ele, em regra, não pode ser responsabilizado.

Exceção: caso o antigo proprietário, mesmo já sem a posse ou a propriedade, tenha retornado à área para degradá-la, hipótese em que responderá, como qualquer agente que realiza atividade causadora de degradação ambiental, com fundamento no art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81.

Em suma, o anterior titular não estará obrigado a reparar dano ambiental superveniente à cessação de sua propriedade ou posse, exceto se tiver concorrido para sua causação.

2) O antigo titular não casou o dano mas, na época em que estava no domínio ou posse, o dano já existia e ele não fez nada para recuperá-lo:

A segunda situação a ser examinada é a do anterior titular que conviveu com dano ambiental pré-existente, ainda que a ele não tenha dado causa, alienando o bem no estado em que o recebera.

Nessa hipótese, não há como deixar de reconhecer a prática de **omissão ilícita**.

Para o STJ, se um indivíduo recebe um imóvel no qual há dano ambiental, ele tem o imperativo ético e jurídico de reparar o ilícito. Nessa direção:

Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

STJ. 2ª Turma. REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 2/12/2009.

Tese fixada e que complementa a Súmula 623-STJ:

As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo possível exigí-las, à escolha do credor, do proprietário ou possuidor atual, de qualquer dos anteriores, ou de ambos, ficando isento de responsabilidade o alienante cujo direito real tenha cessado antes da causação do dano, desde que para ele não tenha concorrido, direta ou indiretamente.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.953.359-SP e REsp 1.962.089-MS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1204) (Info 787).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação é necessária a autorização expressa dos filiados ou beneficiários

Importante!!!

ODS 8 E 16

a) antes da vigência do § 7º do art. 22 do Estatuto da OAB (5 de outubro de 2018), é necessária a apresentação dos contratos celebrados com cada um dos filiados ou beneficiários para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação;

b) após a vigência do supracitado dispositivo, para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação, embora seja dispensada a formalidade de apresentação dos contratos individuais e específicos para cada substituído, mantém-se necessária a autorização expressa dos filiados ou beneficiários que optarem por aderir às obrigações do contrato originário.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.965.394-DF, 1.979.911-DF e 1.965.849-DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1175) (Info 787).

Imagine a seguinte situação hipotética:

O sindicato dos servidores públicos impetrou mandado de segurança coletivo contra o dirigente de uma autarquia estadual pedindo a restituição dos valores descontados indevidamente dos agentes públicos. A sentença concedeu a segurança reconhecendo que os descontos foram ilegais.

Houve o trânsito em julgado.

Vale ressaltar que o mandado de segurança foi patrocinado pelo escritório de advocacia Barbosa e Associados.

João, servidor público e filiado ao sindicato, ingressou com cumprimento individual de sentença pedindo para receber os valores descontados indevidamente de seu contracheque. Esse pedido de João foi subscrito por Dr. Pedro, advogado do escritório de advocacia Souza e Associados.

O escritório de advocacia Barbosa e Associados peticionou nos autos do cumprimento de sentença juntando o contrato que ele firmou com o sindicato e que previa que o escritório teria direito, a título de honorários advocatícios contratuais, a 20% dos valores recebidos por cada filiado.

Desse modo, o escritório Barbosa e Associados requereu que seus honorários advocatícios fossem destacados, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia):

Art. 22 (...)

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

Em outras palavras, o escritório Barbosa e Associados pediu que, antes de pagar João, fosse separado 20% do valor devido ao servidor e que esse montante fosse repassado aos advogados do escritório, como honorários advocatícios contratuais.

O juiz indeferiu o pedido.

Para o magistrado, a retenção dos honorários somente seria devida se houvesse autorização expressa de João (filiado) demonstrando que ele optou por aderir ao contrato de honorários firmado entre o sindicato e o escritório. Como não houve essa autorização, não seria possível a retenção dos honorários.

Afirmou o órgão julgador:

As obrigações contratualmente convencionadas no negócio jurídico relativo à prestação de serviços de advocacia vinculam exclusivamente as partes contratantes, no caso, o sindicato e o escritório de advocacia.

Em que pese a legitimidade extraordinária dos sindicatos para substituir processualmente os integrantes da categoria representada para a atuação em demandas, como no caso do mandado de segurança coletivo, não é permitida a fixação de honorários de advogados contratuais em nome de seus representados sem que tenha havido a comprovação da autorização expressa dos titulares dos créditos.

O escritório Barbosa e Associados recorreu alegando que o STF, no Tema 823, permitiu a atuação dos sindicatos como substituto processual, sem a autorização dos substituídos (filiados). Diante disso, também é permitida a fixação dos honorários contratuais mesmo sem autorização dos filiados:

Os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.

STF. Plenário. RE 883.642/AL, Rel. Ministro Presidente, julgado em 18/06/2015 (Repercussão Geral Tema 823) (Info 791)

Além disso, o escritório argumentou que seu pedido estaria amparado pelo § 7º do art. 22 do Estatuto da Advocacia:

Art. 22 (...)

§ 7º Os honorários convencionados com entidades de classe para atuação em substituição processual poderão prever a faculdade de indicar os beneficiários que, ao optarem por adquirir os direitos, assumirão as obrigações decorrentes do contrato originário a partir do momento em que este foi celebrado, sem a necessidade de mais formalidades. (Incluído pela Lei nº 13.725, de 2018)

Os argumentos do escritório foram acolhidos pelo STJ?

NÃO.

O STJ entende que, a despeito das conclusões adotadas no Tema 823/STF (legitimidade extraordinária ampla dos sindicatos), as obrigações decorrentes do contrato firmado entre a entidade de classe e o escritório de advocacia não podem ser oponíveis aos substituídos, já que estes não participaram da sua celebração e não indicaram concordar com suas disposições.

Antes da Lei nº 12.725/2018, o STJ entendia que, para o sindicato reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação, seria necessária a apresentação dos contratos celebrados com cada um dos filiados ou beneficiários. Veja este julgado anterior à Lei nº 12.725, de 05 de outubro de 2018:

O contrato pactuado exclusivamente entre o sindicato e o advogado não vincula os filiados substituídos, em face da ausência da relação jurídica contratual entre estes e o advogado.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1.574.244/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10/04/2018.

Desse modo, sempre se entendeu no STJ que a juntada aos autos somente do contrato de prestação de serviços firmado entre o sindicato e o escritório de advocacia não seria suficiente para deferir o destaque dos honorários contratuais nos cumprimentos individuais de sentença coletiva.

A inclusão do § 7º no art. 22 do Estatuto da OAB não tornou prescindível (dispensável) a autorização expressa dos substituídos. Os substituídos continuam tendo que autorizar. Tanto que o dispositivo fala que eles devem optar por assumir as obrigações. Veja:

Art. 22 (...)

§ 7º Os honorários convencionados com entidades de classe para atuação em substituição processual poderão prever a faculdade de indicar os beneficiários que, ao optarem por adquirir os direitos, assumirão as obrigações decorrentes do contrato originário a partir do momento em que este foi celebrado, sem a necessidade de mais formalidades. (Incluído pela Lei nº 13.725, de 2018)

Não é possível cogitar que tal opção, a qual implicará assunção de obrigações contratuais, possa se operar sem a aquiescência da parte contratante, sob pena de violação da liberdade contratual (art. 421 do CC). O novo § 7º do art. 22 possibilitou apenas que a entidade de classe indicasse (ou listasse) - no momento da contratação ou após o contrato - os substituídos que expressamente optaram em aderir às cláusulas contratuais do ajuste firmado entre o sindicato e o escritório de advocacia ("contrato originário", conforme consta do texto legal).

Assim, a referida norma dispensou a necessidade de que seja instrumentalizado um contrato individual e específico para cada substituído (como antes exigido), sendo facultada a adesão "coletiva" aos termos do negócio jurídico principal. O § 7º não dispensou, contudo, a autorização expressa dos integrantes da categoria que optem, voluntariamente, por aderir às cláusulas do ajuste, como pressuposto para retenção dos honorários estabelecidos no contrato originário.

Vale ressaltar, por fim que, a norma em destaque (art. 22, § 7º, do EOAB) ostenta inegável natureza material, porque está a disciplinar a possível vinculação de sujeitos de direito a obrigações contratuais (relação jurídica de direito substantivo - direitos e deveres). Desse modo, não se trata de norma exclusivamente instrumental/processual. Logo, esse § 7º somente se aplica aos contratos firmados após a vigência da Lei nº 13.725/ 2018, em razão da aplicação da máxima do *tempus regit actum*.

Teses fixadas pelo STJ:

- a) antes da vigência do § 7º do art. 22 do Estatuto da OAB (5 de outubro de 2018), é necessária a apresentação dos contratos celebrados com cada um dos filiados ou beneficiários para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação;
b) após a vigência do supracitado dispositivo, para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação, embora seja dispensada a formalidade de apresentação dos contratos individuais e específicos para cada substituído, mantém-se necessária a autorização expressa dos filiados ou beneficiários que optarem por aderir às obrigações do contrato originário.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.965.394-DF, 1.979.911-DF e 1.965.849-DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1175) (Info 787).

EXECUÇÃO FISCAL

As execuções fiscais envolvendo a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da Lei 13.043/2014 devem permanecer na Justiça Estadual mesmo após a EC 103/2019, que não revogou o art. 75 da Lei 13.043/2014

ODS 16

O art. 109, § 3º, da CF/88, com redação dada pela EC 103/2019, não promoveu a revogação (não recepção) da regra transitória prevista no art. 75 da Lei nº 13.043/2014, razão pela qual devem permanecer na Justiça Estadual as execuções fiscais ajuizadas antes da vigência da lei referida.

STJ. 1ª Seção. CCs 188.314-SC e 188.373-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/9/2023 (IAC 15) (Info 787).

EXPLICAÇÃO DO ART. 75 DA LEI 13.043/2014

Execução fiscal é...

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

Como funciona a competência para as execuções fiscais?

A competência para julgar a execução fiscal irá depender da Fazenda Pública que for a autora da ação:

1) Se for proposta pela Fazenda Pública ESTADUAL OU MUNICIPAL:

Em regra, a competência será da Justiça ESTADUAL.

Exceção: se o Fisco estadual ou municipal estiver cobrando um débito da União, de suas autarquias, fundações ou empresas públicas, essa execução fiscal será julgada na Justiça Federal.

2) Se for proposta pela UNIÃO e suas respectivas AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES:

A execução fiscal, nesse caso, é de competência da Justiça FEDERAL, nos termos do art. 109, I, da CF/88:

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

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)

A execução fiscal é uma ação e sendo ela proposta pela União, por autarquia ou fundação federal deve ser julgada pela Justiça Federal.

Competência delegada

Havia, no entanto, uma hipótese muito interessante.

Se a Fazenda Pública federal fosse ajuizar uma execução fiscal contra pessoa domiciliada em comarca que não possuísse sede de Vara Federal, a competência para processar e julgar essa execução era, até 2014, da Justiça ESTADUAL.

Em outras palavras, se a União, autarquia ou fundação federal propusesse execução fiscal contra um indivíduo que morasse em uma cidade na qual não havia Justiça Federal instalada, essa execução seria intentada e iria tramitar perante o juízo de direito da comarca.

Até a Lei nº 13.043/2014, a Justiça estadual possuía uma delegação de competência para julgar a execução fiscal proposta pela Fazenda Pública federal contra devedor que morasse em cidade na qual não existisse Justiça Federal.

Onde estava prevista essa possibilidade de a Justiça Estadual julgar execuções fiscais propostas pela Fazenda Pública federal?

No art. 15, I, da Lei nº 5.010/66:

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar:

I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;

(...)

O que a Lei nº 13.043/2014 fez quanto a esse tema?

A Lei nº 13.043/2014 revogou o inciso I do art. 15 da Lei nº 5.010/66.

Logo, a partir dessa Lei, se a União, suas autarquias e fundações ajuizarem execução fiscal elas serão sempre processadas e julgadas pela Justiça Federal, mesmo que o executado more em uma comarca do interior onde não funcione vara da Justiça Federal.

Desse modo, não mais existe a competência delegada no caso de execuções fiscais propostas pela Fazenda Pública federal.

Quem julga agora a execução fiscal proposta pela Fazenda Pública federal contra um devedor que more em cidade onde não haja vara federal?

Essa execução fiscal será julgada pela vara da Justiça Federal que, mesmo não estando fisicamente localizada nesta cidade, tiver competência sobre ela.

Nos últimos anos, a Justiça Federal passou por um movimento de interiorização, tendo sido criadas diversas varas federais em cidades do interior dos Estados. Essas varas federais interiorizadas, que chamamos de subseções judiciais, são instaladas nos municípios de grande e médio porte do interior dos Estados.

A mudança foi adequada, na opinião da doutrina majoritária?

SIM. Há algum tempo, a maioria dos doutrinadores que escreve a respeito do tema já se posicionava favoravelmente à alteração finalmente realizada. Confira:

“Em que pese tal sistemática se encontre vigente há largo tempo, não são poucas as vozes que criticam a efetividade e conveniência da competência delegada, seja pela natural dificuldade das já sobrecarregadas Varas Estaduais em processar o volumoso montante das execuções da União, seja porque a Justiça Federal capilarizou-se significativamente nos últimos anos, atingindo maior gama de municípios, seja pelo fato de o juízo estadual (compreensivelmente, vez que já aprecia

amplo espectro de matérias afetas à jurisdição estadual) não possuir formação específica para análise de tributação federal – e, não raro, matérias muito particulares são veiculadas pelo contribuinte em embargos à execução fiscal, por exemplo -, seja pelos custos adicionais aos entes federais, dentre outros problemas. (...)" (GONÇALVES, Eduardo Rauber. Execução fiscal aplicada. Salvador: Juspodim, 2013, p. 72-73).

Os partidários do fim da competência delegada nas execuções fiscais argumentam ainda que não haverá prejuízo aos contribuintes, uma vez que, com o processo eletrônico, basta que o advogado constituído protocolize, via internet, as defesas em favor do executado.

O que aconteceu com as execuções fiscais de créditos federais que já tinham sido propostas antes da Lei nº 13.043/2014 e que estavam tramitando na Justiça Estadual por força da competência delegada? Com a entrada em vigor da Lei nº 13.043/2014, o juízo estadual declinou da competência e remeteu todas essas execuções fiscais para a Justiça Federal?

NÃO. A Lei nº 13.043/2014 determinou que a revogação da competência delegada NÃO deveria alcançar as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência desta Lei (art. 75).

Em outras palavras, o fim da competência delegada só valeu para execuções fiscais propostas a partir de 14/11/2014. As execuções fiscais propostas perante o juízo de direito antes dessa data continuaram a ser por ele sentenciadas e o eventual recurso dirigido ao Tribunal Regional Federal.

Veja a redação dessa regra transitória do art. 75 da Lei nº 13.043/2014:

Art. 75. A revogação do inciso I do art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, constante do inciso IX do art. 114 desta Lei, não alcança as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência desta Lei.

O ART. 75 DA LEI 13.043/2014 NÃO FOI REVOGADO PELA EC 103/2019

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, morador de um Município do interior do Estado, estava devendo tributos federais.

Em 2013, a Fazenda Nacional (União) ingressou com execução fiscal contra João cobrando essa dívida.

Essa execução fiscal foi proposta na Justiça Estadual considerando que:

- não havia vara federal na comarca onde João morava;
- e, na época, ainda vigorava o art. 15, I, da Lei nº 5.010/66.

Roberto, Juiz de Direito da vara única da comarca X, recebeu a execução proposta contra João e determinou a sua citação.

Em 2014, entrou em vigor a Lei nº 13.043/2014 que revogou o art. 15, I, da Lei nº 5.010/66.

No entanto, como vimos acima, o art. 75 da Lei nº 13.043/2014 determinou que a execução fiscal proposta contra João continuaria tramitando na Justiça Estadual porque foi ajuizada antes da vigência da referida lei.

Diante disso, Roberto continuou dando prosseguimento à execução da Fazenda Nacional contra João.

Ocorre que, em 2019, foi publicada a Emenda Constitucional nº 103, que alterou a redação do § 3º do art. 109 da CF/88:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Antes da Reforma (EC 103/2019)	ATUALMENTE
Art. 109. (...) § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado,	Art. 109. (...) § 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na

sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

Houve, no caso, duas mudanças muito importantes:

- 1) A Justiça Estadual tinha competência delegada “automática” para julgar ações envolvendo segurado ou beneficiário contra INSS. Essa competência delegada depende agora da lei.
- 2) A Lei poderia permitir outras hipóteses de competência delegada para a Justiça Estadual, além dos casos envolvendo o INSS. Isso deixou de existir.

Qual foi o raciocínio jurídico desenvolvido por Roberto (Juiz Estadual) a partir dessa alteração?

- § 3º do art. 109, da CF/88, em sua redação originária, autorizava que as causas envolvendo a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas e uma pessoa que morasse em cidade na qual não havia Justiça Federal fossem julgadas pela Justiça Estadual, desde que existisse uma lei prevendo expressamente essa hipótese;
- assim, o § 3º do art. 109 autorizava que o legislador infraconstitucional previsse exceções ao inciso I do art. 109 da CF/88 para facilitar o acesso à Justiça em favor de pessoas que litigam contra a Administração Pública federal e que morassem em cidades sem Justiça Federal;
- havia lei prevendo a possibilidade de a Justiça Estadual julgar execuções fiscais propostas pela Fazenda Pública federal (art. 75 da Lei nº 13.043/2014);
- ocorre que o § 3º do art. 109 foi alterado e não mais autorizava que a lei crie hipóteses de delegação de competência para a Justiça Estadual. A única hipótese de competência delegada que ainda existe são as causas envolvendo o INSS;
- isso nos leva à conclusão de que a regra de transição do art. 75 da Lei nº 13.043/2014 não está mais compatível com o § 3º do art. 109 da CF/88, após a EC 103/2019;
- logo, a EC 103/2019 revogou o art. 75 da Lei nº 13.043/2014;
- em outras palavras, a regra transitória do art. 75 da Lei nº 13.043/2014 não foi recepcionada pela nova redação do § 3º do art. 109 da CF/88, dada pela EC 103/2019.

Dante desse raciocínio, o Juiz de Direito remeteu a execução fiscal proposta pela União contra João para a Justiça Federal.

O STJ concordou com raciocínio desenvolvido pelo Juiz Estadual?

NÃO.

Para o STJ, a alteração do art. 109, § 3º, da CF/88 pela EC 103/2019 não revogou o art. 75 da Lei nº 13.043/2014, que ainda mantinha a competência estadual delegada para processar e julgar as execuções fiscais relativas aos entes federais.

O art. 15, I, da Lei nº 5.010/66 foi revogado pela Lei nº 13.043/2014, ou seja, a competência federal delegada foi revogada no âmbito da execução fiscal. No entanto, essa revogação não alcançou as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência da lei revogadora, em razão da regra de transição prevista no art. 75 da Lei nº 13.043/2014. Portanto, a competência federal delegada foi suprimida e acompanhada da regra de transição.

Nesse cenário, considerando que a edição da Emenda Constitucional 103/2019 ocorreu 5 anos após a supressão da hipótese de delegação referente à execução fiscal, fica evidenciado que a intenção do legislador constitucional não era pontual em relação aos processos de execução fiscal. Por conseguinte, o fato de não haver uma regra constitucional transitória - similar ao disposto no art. 75 da Lei nº 13.043/2014 - não implica a revogação (não recepção) do artigo referido.

O simples fato de a EC 103/2019 ter limitado a uma única hipótese a possibilidade de competência federal delegada não demonstra incompatibilidade entre a regra transitória, relativa à execução fiscal, sobretudo

porque a respectiva regra era prevista no inciso I do art. 15 da Lei nº 5.010/1966, cuja revogação ocorreu em 2014.

Além disso, o disposto no art. 75 da Lei nº 13.043/2014 abrange as execuções fiscais da União (e de suas autarquias e fundações públicas) ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência da lei mencionada. Trata-se de execuções fiscais que tramitam há pelo menos nove anos na Justiça Estadual. Levando em consideração tanto o período de tramitação, quanto razões de política judiciária, não se mostra adequada a transferência desses feitos para a Justiça Federal.

Assim, foi fixada a seguinte tese:

O art. 109, § 3º, da CF/88, com redação dada pela EC 103/2019, não promoveu a revogação (não recepção) da regra transitória prevista no art. 75 da Lei nº 13.043/2014, razão pela qual devem permanecer na Justiça Estadual as execuções fiscais ajuizadas antes da vigência da lei referida.

STJ. 1ª Seção. CCs 188.314-SC e 188.373-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/9/2023 (IAC 15) (Info 787).

AÇÃO MONITÓRIA

Cabe agravo de instrumento contra a decisão que acolhe os embargos à monitória para excluir um dos litisconsortes passivos

ODS 16

É cabível agravo de instrumento contra a decisão que acolhe embargos à monitória para excluir a parte dos litisconsortes passivos, remanescendo o trâmite da ação monitória em face de outro réu.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.828.657-RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 5/9/2023 (Info 787).

Ação monitória

Ação monitória é um procedimento especial, previsto no CPC, por meio do qual o credor exige do devedor o pagamento de soma em dinheiro ou a entrega de coisa com base em prova escrita que não tenha eficácia de título executivo.

Ex1: ação monitória para cobrança de cheque prescrito.

Ex2: ação monitória para cobrança de valores baseados em contrato bancário de abertura de conta-corrente.

O cheque prescrito e o contrato bancário de abertura de conta são provas escritas do débito, mas que não se constituem em título executivo.

Se o credor tem título executivo, pode ingressar desde logo com a execução.

Se o credor não tem nenhuma prova documental, só lhe resta a ação de cobrança.

Se o credor tem prova escrita que não goza de eficácia de título executivo: cabe ação monitória.

Posturas do juiz diante de uma ação monitória proposta

Diante da propositura de uma ação monitória, o juiz poderá adotar uma das seguintes condutas:

- Determinar a emenda da petição inicial;
- Receber a petição inicial como procedimento ordinário;
- Indeferir a petição inicial;
- Aceitar a monitória: neste caso, ele reconhece evidente o direito do autor e manda expedir um mandado monitório para que o réu pague a dívida, entregue a coisa ou execute a obrigação combinada no prazo de 15 dias. Aqui o magistrado faz um mero juízo de deliberação.

Posturas do réu

O réu citado poderá assumir uma das seguintes posturas:

a) Cumprir a obrigação.

b) Não pagar nem se defender.

c) Defender-se. A defesa na ação monitória é denominada de “embargos à ação monitória” (art. 702 do CPC).

Qual é a natureza jurídica dos “embargos à ação monitória”?

Os embargos apresentados na ação monitória pelo réu não possuem natureza de ação – como ocorre em relação aos embargos do devedor na execução –, mas sim natureza de contestação.

Dessa forma, nos embargos à ação monitória o réu poderá apresentar ampla defesa, sem restrições quanto à matéria.

Feita essa breve revisão, imagine a seguinte situação hipotética:

O banco ingressou com ação monitória contra João e Pedro requerendo o pagamento da quantia de R\$ 50 mil.

Citados, os requeridos apresentaram embargos à monitória.

João alegou excesso do valor cobrado.

Pedro arguiu a sua ilegitimidade passiva porque não tinha nenhuma responsabilidade jurídica pela dívida.

O juiz rejeitou os embargos propostos por João e acolheu os embargos manejados por Pedro.

Desse modo, o juiz determinou que Pedro fosse excluído da ação monitória e que esta continuasse apenas contra João.

Inconformado, o banco interpôs apelação, com fundamento no art. 702, § 9º, do CPC:

Art. 702. Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória.

(...)

§ 9º Cabe apelação contra a sentença que acolhe ou rejeita os embargos.

Agiu corretamente o banco?

NÃO.

Como vimos acima, os embargos à monitória não são uma ação autônoma, possuindo natureza jurídica de defesa, semelhante a uma contestação. O julgamento dos embargos à monitória nem sempre irá gerar a extinção do processo ou o encerramento da fase de conhecimento.

Se o julgamento dos embargos à monitória resultar na extinção da ação monitória ou no encerramento da fase de conhecimento, o recurso cabível, neste caso, será a apelação, nos termos do art. 702, § 9º, do CPC/2015.

Por outro lado, se o julgamento dos embargos à monitória resultar apenas na exclusão de um dos litisconsortes passivos, o recurso adequado será o agravo de instrumento, na forma dos arts. 1.009, § 1º, e 1.015, VII, do CPC/2015:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

(...)

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

VII - exclusão de litisconsorte;

Em suma:

É cabível agravo de instrumento contra a decisão que acolhe embargos à monitória para excluir a parte dos litisconsortes passivos, remanescendo o trâmite da ação monitória em face de outro réu.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.828.657-RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 5/9/2023 (Info 787).

Uma última pergunta: o Tribunal de Justiça poderá, com base no princípio da fungibilidade, conhecer do recurso de apelação como se fosse agravo de instrumento?

SIM. A interposição de recurso de apelação, em vez do agravo de instrumento não decorreu de erro grosseiro. Isso porque como existe a previsão do art. 702, § 9º, do CPC, deve-se reconhecer que há uma dúvida objetiva do aplicador do direito, permitindo-se a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

DIREITO PENAL**CRIME CONTINUADO****Súmula 659 do STJ**

ODS 16

Súmula 659-STJ: A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.

STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/9/2023.

Crime continuado (continuidade delitiva)

Ocorre crime continuado quando o agente:

- por meio de duas ou mais condutas
- pratica dois ou mais crimes da mesma espécie
- e, analisando as condições de tempo, local, modo de execução e outras,
- pode-se constatar que os demais crimes devem ser entendidos como mera continuação do primeiro.

O crime continuado é uma ficção jurídica, inspirada em motivos de política criminal, idealizada com o objetivo de ajudar o réu. Ao invés de ele ser condenado pelos vários crimes, receberá a pena de somente um deles, com a incidência de um aumento previsto na lei.

Exemplo

Carlos era caixa de uma lanchonete e estava devendo R\$ 500,00 a um agiota. Ele decide, então, tirar o dinheiro do caixa para pagar sua dívida. Ocorre que, se ele retirasse toda a quantia de uma só vez, o seu chefe iria perceber. Carlos resolve, portanto, subtrair R\$ 50,00 por dia. Assim, após dez dias ele consegue retirar os R\$ 500,00.

Desse modo, Carlos, por meio de dez condutas, praticou dez furtos. Analisando as condições de tempo, local, modo de execução, pode-se constatar que os outros nove furtos devem ser entendidos como mera continuação do primeiro, considerando que sua intenção era furtar o valor total de R\$ 500,00.

Em vez de Carlos ser condenado por dez furtos, receberá somente a pena de um furto, com a incidência de um aumento de 1/6 a 2/3.

Previsão legal

O instituto da continuidade delitiva encontra-se previsto no art. 71 do Código Penal:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, **de um sexto a dois terços.**

O art. 71, caput, do CP prevê que o aumento na continuidade delitiva varia de 1/6 a 2/3. Qual é o critério que o juiz deve adotar no momento da dosimetria da pena?

O critério para o aumento no crime continuado é o número de crimes praticados:

2 crimes – aumenta 1/6

3 crimes – aumenta 1/5

4 crimes – aumenta 1/4

5 crimes – aumenta 1/3

6 crimes – aumenta 1/2

7 ou mais – aumenta 2/3

Esse critério acima mencionado é adotado reiteradamente pelo STJ há muitos anos e, por essa razão, foi consolidado em uma súmula:

Súmula 659-STJ: A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.

DOD PLUS – AUMENTO DE PENA NO MÁXIMO PELA CONTINUIDADE DELITIVA EM CRIME SEXUAL

Nem sempre será fácil trazer para os autos o número exato de crimes que foram praticados, especialmente quando se trata de delitos sexuais. É o caso, por exemplo, de um padrasto que mora há meses ou anos com a sua enteada e contra ela pratica constantemente estupro de vulnerável. Nessas hipóteses, mesmo não havendo a informação do número exato de crimes que foram cometidos, o juiz poderá aumentar a pena acima de 1/6 e, dependendo do período de tempo, até chegar ao patamar máximo.

Assim, constatando-se a ocorrência de diversos crimes sexuais durante longo período de tempo, é possível o aumento da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo de 2/3 (art. 71 do CP), ainda que sem a quantificação exata do número de eventos criminosos.

STJ. 5ª Turma. HC 311146-SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), julgado em 17/3/2015 (Info 559).

DOD PLUS – CRIME CONTINUADO ESPECÍFICO

O julgado acima explicado (AgRg no REsp 1.945.790-MS, Info 749), envolvia o chamado crime continuado simples (comum).

Cuidado com o crime continuado específico, porque nele o critério de aumento de pena é diferente. Vamos entender.

Existem três espécies de crime continuado:

- a) Crime continuado simples (comum)
- b) Crime continuado qualificado
- c) Crime continuado específico

SIMPLES (OU COMUM)	QUALIFICADO	ESPECÍFICO
--------------------	-------------	------------

Ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes que possuem a mesma pena.	Ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes que possuem penas diferentes.	Ocorre no caso de: <ul style="list-style-type: none"> • crimes dolosos • cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa • contra vítimas diferentes
Ex: três furtos simples consumados; dois furtos qualificados tentados.	Ex: dois furtos simples consumados e um tentado; um furto qualificado consumado e um tentado.	Ex: José segue duas mulheres que caminhavam juntas e pratica estupro consumado contra uma e estupro tentado contra a outra.
Como se calcula a pena: aplica-se a pena de um só dos crimes, exasperada (aumentada) de 1/6 a 2/3.	Como se calcula a pena: aplica-se a pena do crime mais grave, exasperada (aumentada) de 1/6 a 2/3.	Como se calcula a pena: aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, e aumenta até o triplo (3x). Obs.: apesar de não haver previsão legal, a jurisprudência entende que o aumento mínimo é de 1/6.
O critério para o aumento é exclusivamente o número de crimes praticados: 2 crimes – aumenta 1/6 3 crimes – aumenta 1/5 4 crimes – aumenta 1/4 5 crimes – aumenta 1/3 6 crimes – aumenta 1/2 7 ou mais – aumenta 2/3	O critério para o aumento é exclusivamente o número de crimes praticados: 2 crimes – aumenta 1/6 3 crimes – aumenta 1/5 4 crimes – aumenta 1/4 5 crimes – aumenta 1/3 6 crimes – aumenta 1/2 7 ou mais – aumenta 2/3	A exacerbão da pena deverá se nortear por critérios objetivos (número de infrações praticadas) e subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime). (STJ. 5ª Turma. HC 305.233/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/10/2015)

É bom você ler com atenção a previsão legal do crime continuado específico:

Art. 71 (...)

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

- Crime continuado do caput do art. 71 do CP: o critério para se determinar o quantum da majoração (entre 1/6 a 2/3) é apenas a quantidade de delitos cometidos. Assim, quanto mais infrações, maior deve ser o aumento.
- Crime continuado específico (art. 71, parágrafo único, do CP): a fração de aumento será determinada pela quantidade de crimes praticados e também pela análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

STJ. 5ª Turma. REsp 1718212/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 19/04/2018.

REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

**Para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP),
não é indispensável a restrição da liberdade das vítimas**

Importante!!!

ODS 1,8 E 16

O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única.

O art. 149 do CP prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho.

Assim, a efetiva restrição de liberdade das vítimas é prescindível para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.969.868-MT, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 12/9/2023 (Info 787).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é proprietário de uma enorme fazenda.

Ele contratou Pedro para que arregimentasse trabalhadores para a fazenda e também gerisse as atividades desses trabalhadores no imóvel rural.

Pedro contratou cinco trabalhadores, porém sem que fosse assegurado a eles qualquer direito previsto na legislação trabalhista, mantendo-os em condições degradantes, análogas à de escravo.

Não havia registro do contrato de trabalho, nem recolhimento de FGTS.

Essa situação perdurou até 11/05/2011, quando uma equipe do Ministério do Trabalho e do Emprego fez uma fiscalização no local e resgatou os trabalhadores.

A equipe constatou que os trabalhadores permaneciam em um barraco de madeira improvisado com lona preta, com chão de terra batida. Nos fundos desse barraco, em local improvisado, era feito o preparo dos alimentos e armazenados os equipamentos para aplicação de agrotóxico, sem qualquer tipo de higiene. A água para consumo e higiene era retirada de um córrego nos fundos do barraco, no mesmo local onde eram lavados os equipamentos de aplicação de agrotóxicos.

O MPF ofereceu denúncia contra João e Pedro pela prática do crime de redução à condição análoga a de escravo, tipificado pelo art. 149 do CP:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
(...)

De quem é a competência para julgar este delito?

Justiça Federal, nos termos do art. 109, VI, da CF/88:

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

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime de redução a condição análoga à de escravo, na forma do art. 109, VI, da CF/88 (STF. Plenário. RE 459510, Rel. Min. Cesar Peluso, Rel. para acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 26/11/2015).

Absolvição sumária

O juiz absolveu sumariamente os réus sob o argumento de que a submissão de trabalhadores a condições degradantes de trabalho, por si só, não consubstanciaria a prática do crime de trabalho escravo, uma vez que o tipo penal exigiria, em acréscimo, a existência de um estado de sujeição tal que a vontade do trabalhador afigurar-se-ia irrelevante, o que não se teria demonstrado nos autos, considerando que os trabalhadores teriam declarado não haver cerceamento da liberdade por dívida, retenção de documentos, isolamento físico ou vigilância ostensiva.

Em outras palavras, o magistrado afirmou que o crime não se configurou porque não houve efetiva restrição de liberdade das vítimas.

A decisão do juiz está de acordo com a jurisprudência do STF e STJ?

NÃO.

O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única.

O art. 149 do CP prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho.

Assim, para a configuração do crime, não é indispensável a prática de violência ou a restrição da liberdade. Muita atenção para isso. Trata-se do entendimento pacífico do STF e STJ:

(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessário haver violência física para a configuração do delito de redução à condição análoga à de escravo. É preciso apenas a coisificação do trabalhador, com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a sua dignidade como ser humano (...)

STF. 2ª Turma. Inq 3564, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/08/2014.

(...) Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais util do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. (...)

STF. Plenário. Inq 3412, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, julgado em 29/03/2012.

(...) O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única. (...)

STJ. 5ª Turma. REsp 1223781/MA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/08/2016.

O delito de submissão à condição análoga à de escravo se configura independentemente de restrição à liberdade dos trabalhadores ou retenção no local de trabalho por vigilância ou aposseamento de seus

documentos, como crime de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, a teor do art. 149 do CP, a demonstração de submissão a trabalhos forçados, a jornadas exaustivas ou a condições degradantes. STJ. 6ª Turma. REsp 1.843.150/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 2/6/2020.

Para configurar o delito do art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo) NÃO É imprescindível a restrição à liberdade de locomoção dos trabalhadores.

O delito pode ser praticado por meio de outras condutas como no caso em que os trabalhadores são sujeitados a condições degradantes, subumanas.

STJ. 3ª Seção. CC 127937-GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/5/2014 (Info 543).

Portanto, ante a existência de indícios de que os trabalhadores atuavam em condições degradantes e tendo em vista que a efetiva restrição de liberdade das vítimas é prescindível para a configuração do tipo penal em espécie, o qual consubstancia crime de ação múltipla e de conteúdo variado, a conduta imputada aos denunciados pode, em tese, revelar-se típica.

Em suma:

A efetiva restrição de liberdade das vítimas é prescindível para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.969.868-MT, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 12/9/2023 (Info 787).

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

No REsp 1.977.165/MS, o STJ relativizou o entendimento do Tema 918 e da Súmula 593; neste caso, o STJ afirmou que a situação era diferente e decidiu que houve crime

ODS 16

Não cabe a distinção realizada no julgamento do REsp 1.977.165/MS - caso de dois jovens namorados, cujo relacionamento tinha aquiescência dos genitores da vítima, sobrevindo um filho - na hipótese em que não há consentimento da responsável legal - o que impossibilita qualquer relativização da presunção de vulnerabilidade de menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.

O fato de a vítima ter passado a viver em união estável com o réu tão somente reforça o contexto de sexualização precoce no qual se encontra inserida, sendo o seu consentimento infantil incapaz de afastar a tipicidade da conduta, consoante expressamente dispõe o art. 217-A, §5º, do Código Penal.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.979.739/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/8/2023 (Info 787).

PRATICAR SEXO COM MENOR DE 14 ANOS É CRIME

A Lei nº 12.015/2009 acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, criando um novo delito, chamado de “estupro de vulnerável”:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Antes do art. 217-A, ou seja, antes da Lei nº 12.015/2009, as condutas de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos já eram consideradas crimes?

SIM. Tais condutas poderiam se enquadrar nos crimes previstos no art. 213 c/c art. 224, “a” (estupro com violência presumida por ser menor de 14 anos) ou art. 214 c/c art. 224, “a” (atentado violento ao pudor com violência presumida por ser menor de 14 anos), todos do Código Penal, com redação anterior à Lei nº 12.015/2009.

Desse modo, apesar de os arts. 213, 214 e 224 do CP terem sido revogados pela Lei nº 12.015/2009, não houve *abolitio criminis* dessas condutas, ou seja, continua sendo crime praticar estupro ou ato libidinoso com menor de 14 anos. No entanto, essas condutas, agora, são punidas pelo art. 217-A do CP. O que houve, portanto, foi a continuidade normativa típica, que ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário.

Antes da Lei nº 12.015/2009, se o agente praticasse atentado violento ao pudor (ex: coito anal) com um adolescente de 13 anos, haveria crime mesmo que a vítima consentisse (concordasse) com o ato sexual? Haveria crime mesmo que a vítima já tivesse tido outras relações sexuais com outros parceiros anteriormente? Essa presunção de violência era absoluta?

SIM. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea “a”, do CP (antes da Lei nº 12.015/2009), possuía caráter absoluto, pois constituía critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual.

Assim, essa presunção absoluta não podia ser afastada (relativizada) mesmo que a vítima tivesse dado seu “consentimento” porque nesta idade este consentimento seria viciado (inválido). Logo, mesmo que a vítima tivesse experiência sexual anterior, mesmo que fosse namorado do autor do fato, ainda assim haveria o crime.

A presunção de violência era absoluta nos casos de estupro/atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos. Nesse sentido: STJ. 3ª Seção. EREsp 1152864/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/02/2014.

E, atualmente, ou seja, após a Lei n.º 12.015/2009?

Continua sendo crime praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menor de 14 anos. Isso está expresso no art. 217-A do CP e não interessa se a vítima deu consentimento, se namorava o autor do fato etc. A discussão sobre presunção de violência perdeu sentido porque agora a lei incluiu a idade (menor de 14 anos) no próprio tipo penal. Manteve relação sexual com menor de 14 anos: estupro de vulnerável.

A Lei nº 12.015/2009 acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, criando um novo delito, chamado de “estupro de vulnerável”:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

A fim de que não houvesse mais dúvidas sobre o tema, o STJ pacificou a questão editando a Súmula 593. O Congresso Nacional decidiu incorporar na legislação esse entendimento e acrescentou o § 5º ao art. 217-A do CP repetindo, em parte, a conclusão da súmula e estendendo o mesmo raciocínio para outras espécies de pessoa vulnerável. Veja:

Art. 217-A. (...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Inserido pela Lei nº 13.718/2018)

Em algumas localidades do país (ex: determinadas comunidades do interior), seria possível dizer que não há crime, considerando que é costume a prática de atos sexuais com crianças? É possível excluir o crime de estupro de vulnerável com base no princípio da adequação social?

NÃO. Segundo afirmou o Min. Rogério Schietti, a prática sexual envolvendo menores de 14 anos não pode ser considerada como algo dentro da "normalidade social". Não é correto imaginar que o Direito Penal deva se adaptar a todos os inúmeros costumes de cada uma das microrregiões do país, sob pena de se criar um verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas.

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado, que é o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes. Esse bem jurídico goza de proteção constitucional e legal, não estando sujeito a relativizações.

Na sentença, durante a dosimetria, o juiz pode reduzir a pena-base do réu alegando que a vítima (menor de 14 anos) já tinha experiência sexual anterior ou argumentando que a vítima era homossexual?

Claro que NÃO.

Em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima.

A experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido, assim como não desnaturalam (descharacterizam) o crime sexual praticado contra menor de 14 anos, não servem também para justificar a diminuição da pena-base, a título de comportamento da vítima.

STJ. 6ª Turma. REsp 897.734-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 3/2/2015 (Info 555).

As conclusões acima expostas foram consolidadas pelo STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI (Tema 918) e na Súmula 593:

Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

O que acontece se um garoto de 13 anos praticar sexo consensual com a sua namorada de 12 anos?

Haverá o que a doutrina denomina de estupro bilateral. Assim, ocorre o “estupro bilateral” quando dois menores de 14 anos praticam conjunção carnal ou outro ato libidinoso entre si. Em outras palavras, tanto o garoto como a garota, neste exemplo, serão autores e vítimas, ao mesmo tempo, de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Em que consiste a chamada “exceção de Romeu e Julieta”?

Trata-se de uma tese defensiva segundo a qual se o agente praticasse sexo consensual (conjunção carnal ou ato libidinoso) com uma pessoa menor de 14 anos, não deveria ser condenado se a diferença entre o agente e a vítima não fosse superior a 5 anos. Ex: Lucas, 18 anos e 1 dia, pratica sexo com sua namorada de 13 anos e 8 meses. Pela “exceção de Romeu e Julieta” Lucas não deveria ser condenado por estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

A teoria recebe esse nome por inspiração da peça de Willian Shakespeare na qual Julieta, com 13 anos, mantém relação sexual com Romeu. Assim, Romeu, em tese, teria praticado estupro de vulnerável.

A “exceção de Romeu e Julieta”, em regra, não é aceita pela jurisprudência, ou seja, mesmo que a diferença entre autor e vítima seja menor que 5 anos, mesmo que o sexo seja consensual e mesmo que eles sejam namorados, em regra, há crime.

CASO CONCRETO JULGADO PELO STJ NO RESP 1.977.165/MS (RELATIVIZAÇÃO DO QUE FOI EXPLICADO)

Imagine a seguinte situação hipotética:

Um rapaz, na época com 19 anos de idade, começou a namorar uma adolescente de 12 anos de idade. Os pais da adolescente sabiam da relação e deram permissão para a garota ir morar com o rapaz.

Do relacionamento amoroso, resultou o nascimento de um filho, devidamente reconhecido pelo genitor da criança.

Quando a filha do casal nasceu, o relacionamento se tornou mais conhecido na cidade e a situação chegou até o Ministério Público que ofereceu denúncia contra o rapaz pela prática de estupro de vulnerável. A defesa do réu levou o caso até o STJ.

Para o STJ, neste caso concreto, houve estupro de vulnerável?

NÃO.

Conforme vimos acima, como regra geral, o STJ entende que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

(Resp 1.480.881/PI Tema 918 e Súmula 593-STJ)

Contudo, a presente hipótese enseja *distinguishing* quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, diante das peculiaridades circunstanciais do caso.

Na situação que deu origem ao Tema 918, a vítima era uma criança de 8 anos de idade e o réu tinha idade superior a 21 anos.

No caso concreto, o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade e a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade.

A necessidade de realização da distinção feita no REsp Repetitivo 1.480.881/PI se deve em razão de que, no presente caso, a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma, bem como porque houve o nascimento do filho do casal, devidamente registrado, fato social superveniente e relevante que deve ser considerado no contexto do crime.

Pela teoria quadripartida, o crime consistiria em fato típico, ilícito, culpável e punível concretamente, sendo este último definido pela possibilidade jurídica de aplicação de pena, por melhor categorizar o comportamento humano.

Nessa concepção de conceito integral de delito, a tipicidade e a antijuridicidade possuem classificação formal e absoluta sobre o fato praticado. Destaca-se que a culpabilidade e a punibilidade concreta têm conteúdo relativo ou dimensionável a permitir a valoração do comportamento do agente.

Na culpabilidade, avalia-se a reprovabilidade da conduta, tendo como consequência a responsabilidade subjetiva do sujeito, enquanto na punibilidade concreta valora-se o significado social sobre o fato, sob o enfoque da gravidade da lesão ao bem jurídico, de acordo com as características do ilícito penal, a fim de ensejar, ou não, a punição do sujeito.

A teoria quadripartida foi adotada pela Sexta Turma, em que, analisando a questão relacionada ao aspecto material, o Ministro Rogério Schietti, no voto proferido no RHC 126.272/MG, defendeu a existência de um quarto elemento, qual seja, punibilidade concreta, sob os seguintes fundamentos extraídos da decisão: “o significado da forma e da extensão da afetação do bem jurídico define a relevância social do fato e configura sua dignidade penal. Esse aspecto, por sua vez, fundamenta a punibilidade concreta, que complementa o conceito tripartido (formal) de delito, atribuindo-lhe um conteúdo material e, logo, um sentido social”.

Aplicando o aludido posicionamento na presente hipótese, extrai-se da decisão que rejeitou a denúncia que a vítima e o denunciado moraram juntos, diante da concordância dos pais com o relacionamento amoroso, tendo resultado no nascimento de um filho, o qual foi registrado pelo genitor.

Não se evidencia relevância social do fato a ponto de resultar a necessidade de sancionar o acusado, tendo em vista que o juízo de origem não identificou comportamento do denunciado que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido.

As particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico

a resultar na atuação punitiva estatal, de modo que não se evidencia a necessidade de pena, consoante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.

Não se registra proveito social com a condenação do recorrente, pois o fato delituoso não se mostra de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Diversamente, e ao contrário, o encarceramento se mostra mais lesivo aos valores protegidos, em especial, à família e à proteção integral da criança, do que a resposta estatal para a conduta praticada, o que não pode ocasionar punição na esfera penal.

O filho do casal também é merecedor de proteção, de modo que, de acordo com o princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança, “a criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe”.

Consoante a jurisprudência desta Corte, “a proteção integral da criança e do adolescente, defendida pela Organização das Nações Unidas (ONU) com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança e erigida pela Constituição da República como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 227), exerce crucial influência sobre o intérprete da norma jurídica infraconstitucional, porquanto o impele a compreendê-la e a aplicá-la em conformidade com a prevalência dos interesses do menor em determinada situação concreta” (REsp 1.911.030/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º/6/2021, DJe 31/8/2021).

Em suma:

Admite-se o *distinguishing* quanto ao Tema 918/STJ (REsp 1.480.881/PI), na hipótese em que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigmático (o réu possuía 19 anos de idade, ao passo que a vítima contava com 12 anos de idade), bem como há concordância dos pais da menor somado a vontade da vítima de conviver com o réu e o nascimento do filho do casal, o qual foi registrado pelo genitor.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.165/MS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), Rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2023 (Info 777).

CASO CONCRETO PARECIDO COM O QUE FOI JULGADO NO RESP 1.977.165/MS, MAS NESTE O STJ AFIRMOU QUE HÁ CRIME

Imagine a seguinte situação hipotética:

Jonatas, 18 anos de idade, iniciou um namoro com Simone, 12 anos de idade.

Eles passaram a manter relações sexuais.

Esse namoro durou cerca de um ano e meio e, quando a adolescente já contava com mais de 14 anos, os dois passaram a conviver em união estável na residência da família de Simone.

Ao tomar conhecimento dos fatos, o Ministério Público denunciou Jonatas pela prática de estupro de vulnerável.

O juiz absolveu o réu afirmando que a situação seria a mesma que o STJ decidiu no REsp 1.977.165/MS, acima explicado.

O Ministério Público interpôs apelação, mas o Tribunal de Justiça manteve a sentença.

Ainda inconformado, o Ministério Público ingressou com recurso especial afirmando que o caso concreto era diferente daquele das circunstâncias fáticas envolvendo o REsp 1.977.165/MS.

O STJ deu provimento ao recurso especial do MP? Jonatas foi condenado pelo STJ?

SIM.

No caso concreto decidido no REsp 1.977.165/MS, o relacionamento se iniciou com a aquiescência dos genitores da vítima. Depois de algum tempo, sobreveio um filho fruto dessa relação.

Na situação envolvendo o AgRg no REsp 1.979.739/MT, não houve consentimento da responsável legal pela vítima. A genitora de Simone afirmou que ela foi contrária à proposta de namoro formulada por

Jonatas, no entanto, mesmo assim, ele continuou a frequentar a casa da família, dormindo lá várias vezes, utilizando o subterfúgio de proteger a família, após a mãe da adolescente ter sofrido um acidente vascular cerebral.

É certo que esse consentimento da mãe da vítima não serve para tornar atípica a conduta. Em outras palavras, mesmo com eventual consentimento dos pais, a relação sexual com menor de 14 anos continua sendo crime. No entanto, o STJ ressaltou esse aspecto para demonstrar que as situações fáticas são distintas e que o réu se aproveitou de um contexto de vulnerabilidade familiar.

Outra diferença é que, no REsp 1.977.165/MS, houve o nascimento de um filho, enquanto que essa situação não se repetiu no AgRg no REsp 1.979.739/MT.

Vale ressaltar que a configuração de união estável com o acusado reforça o contexto de sexualização precoce no qual se encontra inserida a menor, sendo o seu consentimento infantil incapaz de afastar a tipicidade da conduta, consoante expressamente dispõe o art. 217-A, §5º, do Código Penal:

Art. 217-A (...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Se mesmo quando havia permissivo legal para extinguir a punibilidade pelo casamento com a vítima, o Supremo Tribunal Federal já havia entendido pela preponderância da proteção à infância em tais situações, muito menos razão há de se adotar tal entendimento no momento atual, em que o legislador passou a se somar ao entendimento que casamento ou união estável não extinguem a punibilidade ou atenuam a gravidade de tais crimes. Entender de forma diversa é reprimir a legislação revogada com alcance maior do que ela possuía (já que sequer abrangia a união estável) e desconsiderar a vontade clara da lei, quando dispõe que o crime se configura independente do consentimento ou de experiência sexual prévia da vítima.

Portanto, plenamente válida a Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça, além de não ser aplicável à espécie a mesma “ratio decidendi” do julgamento do REsp 1.977.165/MS.

Em suma:

Não cabe a distinção realizada no julgamento do REsp 1.977.165/MS - caso de dois jovens namorados, cujo relacionamento tinha aquiescência dos genitores da vítima, sobrevindo um filho - na hipótese em que não há consentimento da responsável legal - o que impossibilita qualquer relativização da presunção de vulnerabilidade de menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.979.739/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/8/2023 (Info 787).

CONTRABANDO

O princípio da insignificância pode ser aplicado para o contrabando de até mil maços de cigarro, salvo se houver reiteração

Importante!!!

ODS 16

O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão a o contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.971.993-SP e 1.977.652-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1143) (Info 787).

Imagine a seguinte situação adaptada:

A Polícia apreendeu, com João, 53 pacotes com 10 maços de cigarros cada, da marca “Fumador”, que não continham selos obrigatórios, ostentando em sua embalagem a informação de que teriam sido fabricados por “Tabacaria Del Este S.A. (TABESA) Paraguay”.

João admitiu que comercializava os cigarros de procedência estrangeira em seu bar.

Vale ressaltar que os cigarros da marca “Fumador” são proibidos no Brasil, não possuindo registro na ANVISA. Neste caso, a importação não pode ser realizada mesmo pagando os tributos.

Qual foi o crime praticado por João?

Contrabando, nos termos do art. 334-A do Código Penal:

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

(...)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

De quem será a competência para processar e julgar o delito?

Justiça Federal, tanto no caso de descaminho como de contrabando:

A existência de cigarros de origem estrangeira, dentre aqueles apreendidos, é suficiente para demonstrar ter havido a prática do crime de contrabando, firmando a competência da Justiça Federal, ainda que não evidenciado o caráter transnacional da conduta.

STJ. 3ª Seção. CC 180.476/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 25/8/2021.

Os crimes de contrabando e descaminho tutelam prioritariamente interesses da União, que é a quem compete privativamente (arts. 21, XXII, e 22, VII, da CF) definir os produtos de ingresso proibido no país, além de exercer a fiscalização aduaneira e das fronteiras, mediante atuação da Receita Federal e da Polícia Federal. Como consequência, é desnecessário perquirir sobre a existência de indícios de transnacionalidade do *iter criminis*, ou seja, não se exige que fique demonstrado que o agente teve participação na internalização da mercadoria estrangeira no país. Sendo contrabando ou descaminho, a competência será sempre da Justiça Federal.

É possível aplicar o princípio da insignificância para o crime de contrabando envolvendo cigarro?

- Antes do Tema 1143: NÃO.

Não se aplica o princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros, pois a conduta não se limita à lesão da atividade arrecadatória do Estado, atingindo outros bens jurídicos, como a saúde, segurança e moralidade pública.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.053.404/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 28/8/2023.

- Depois do Tema 1143 (atualmente): SIM.

O STJ, alterando sua posição, passou a decidir que:

O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão a o contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação.

STJ. 3^a Seção. REsp 1.971.993-SP e 1.977.652-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1143) (Info 787).

Realmente, o delito de contrabando de cigarros não tutela apenas os interesses tributários do Estado. Isso porque a prática desse crime ofende outros bens jurídicos, notadamente a saúde pública.

O fumo já é uma prática maléfica à saúde. Vale ressaltar, no entanto, em acréscimo, que há estudo comprovando que os cigarros contrabandeados, em geral, ostentam uma carga de substâncias nocivas superior àqueles vendidos regularmente no Brasil. Além disso, esses cigarros contrabandeados apresentam algum tipo de contaminante dos tipos fungos, fragmentos de insetos, gramíneas ou ácaros acima do indicado como boas práticas de higiene pela ANVISA (SILVA, Cleber Pinto da. Caracterização e Avaliação da Qualidade dos Cigarros Contrabandeados no Brasil. 2015. 123 f. Dissertação (Mestrado em Química) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2015).

Desse modo, indiscutivelmente, trata-se de um delito que tem como objetivo proteger a saúde da população em geral.

Vale ressaltar, contudo, que, diante do enorme número de apreensões, é necessário que sejam adotadas políticas criminais para se dar efetividade à repressão ao contrabando de maior vulto.

Pensando nisso, a 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal aprovou enunciado dizendo que se aplica o princípio da insignificância para a hipótese de contrabando de cigarros se a quantidade não ultrapassar 1.000 (mil) maços:

Enunciado nº 90 É cabível o arquivamento de investigações criminais referentes a condutas que se adéquem ao contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não superar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto. As eventuais reiterações serão analisadas caso a caso.

Aprovado na 177^a Sessão de Coordenação, de 16/03/2020.

Para o STJ, essa solução adotada pelo MPF é razoável, não apenas do ponto de vista jurídico, como ostenta uma base estatística sólida para a sua adoção.

Os dados estatísticos relativos ao ano de 2022, revelam que as apreensões de cigarros até 1.000 maços, embora correspondam a maioria das autuações (cerca de 3.395), são insignificantes considerando o volume total de maços apreendidos.

Isso significa que obstar a aplicação do princípio da insignificância em tais casos (apreensão até mil maços), é uma medida ineficaz para fins de proteção dos bens jurídicos que se almeja tutelar, em especial a saúde pública, além do que não é razoável do ponto de vista de política criminal e de gestão de recursos dos entes estatais encarregados da persecução penal, pois sobrecarrega a Justiça Federal e demais órgãos de persecução (Ministério Público Federal e Polícia Federal), sobretudo na região de fronteira, com inúmeros inquéritos policiais e outros feitos criminais derivados de apreensões inexpressivas, drenando o tempo e os recursos indispensáveis para reprimir e punir o crime de vulto.

Diante disso, o STJ decidiu acolher o entendimento da 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de modo a admitir a aplicação do princípio da insignificância para os casos de contrabando de cigarros de quantidade inferior a 1.000 (mil) maços, excetuada a hipótese de reiteração, circunstância que, caso verificada, é apta a afastar a atipicidade material, ante a maior reprovabilidade da conduta e periculosidade social da ação.

Modulação dos efeitos

Como o STJ durante muitos anos rejeitou a aplicação do princípio da insignificância para o crime de contrabando, o Tribunal decidiu modular os efeitos do julgado, de modo que a tese deve ser aplicada apenas aos feitos ainda em curso na data em que encerrado o presente julgamento, sendo inaplicáveis aos processos transitados em julgado, notadamente considerando os fundamentos que justificaram a alteração jurisprudencial no caso e a impossibilidade de rescisão de coisa julgada calcada em mera modificação de orientação jurisprudencial (AgRg no HC 821.959/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 21/8/2023).

Confira a ementa oficial:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CONTRABANDO DE CIGARROS. SAÚDE PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE RESTRITA (APREENSÃO DE ATÉ 1.000 MAÇOS), SALVO REITERAÇÃO. DIMINUTA REPROVABILIDADE DA CONDUTA E NECESSIDADE DE SE CONFERIR PRIMAZIA À REPRESSÃO AO CONTRABANDO DE VULTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. NOVEL ORIENTAÇÃO APLICÁVEL AOS FEITOS AINDA EM CURSO QUANDO DO ENCERRAMENTO DO JULGAMENTO.

1. O crime de contrabando de cigarros tutela, entre outros bens jurídicos, a saúde pública, circunstância apta a não recomendar a aplicação do princípio da insignificância.

2. Obstar a aplicação do princípio da insignificância para todos os casos, notadamente para aqueles em que verificada a apreensão de quantidade de até 1.000 (mil) maços, é uma medida ineficaz à luz dos dados estatísticos apresentados, além do que não é razoável do ponto de vista de política criminal e de gestão de recursos dos entes estatais encarregados da persecução penal, razão pela qual se revela adequado admitir a incidência do princípio em comento para essa hipótese - apreensão de até 1.000 (mil) maços -, salvo reiteração da conduta, circunstância que, caso verificada, é apta a afastar a atipicidade material, ante a maior reprovabilidade da conduta e periculosidade social da ação.

3. Modulado os efeitos do julgado, de modo que a tese deve ser aplicada apenas aos feitos ainda em curso na data em que encerrado o julgamento, sendo inaplicáveis aos processos com trânsito em julgado, notadamente considerando os fundamentos que justificaram a alteração jurisprudencial no caso e a impossibilidade de rescisão de coisa julgada calcada em mera modificação de orientação jurisprudencial.

4. Recurso especial desprovido. Acolhida a seguinte tese: O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação.

(REsp n. 1.971.993/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**Súmula 658 do STJ**

ODS 16

Súmula 658-STJ: O crime de apropriação indébita tributária pode ocorrer tanto em operações próprias, como em razão de substituição tributária.

STJ. 3^a Seção. Aprovada em 13/9/2023.

Apropriação indébita tributária

A Lei nº 8.137/90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Os arts. 1º e 2º da Lei trazem os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária.

O art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 é conhecido pela doutrina e jurisprudência como “apropriação indébita tributária”. Veja:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(...)

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; (...)
Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Bem jurídico

O bem jurídico protegido é a ordem tributária, ou seja, o interesse do Estado na arrecadação dos tributos. Alguns autores falam que o bem jurídico é o erário.

Apropriação indébita previdenciária x apropriação indébita tributária

O art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 é uma forma especial de apropriação indébita.

É muito semelhante também com o delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), sendo a principal diferença a seguinte:

Art. 168-A do CP	Art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90
O agente deixa de repassar contribuições previdenciárias recolhidas dos contribuintes.	O agente deixa de repassar quaisquer outros tributos (que não contribuições previdenciárias) recolhidas dos contribuintes.

Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90: “deixar de recolher (...) na qualidade de sujeito passivo da obrigação”.

Um ponto interessante é que a lei, quando aponta o sujeito ativo do crime como sendo o passivo da obrigação tributária, o faz de maneira geral, isto é, não distingue o sujeito passivo direto do indireto da obrigação tributária.

Logo, nada impede que o sujeito ativo deste crime possa ser:

- o contribuinte (sujeito passivo direto da obrigação tributária); ou
- o responsável tributário (sujeito passivo indireto da obrigação tributária).

Assim, o termo “sujeito passivo de obrigação”, previsto no tipo penal, abrange o contribuinte e o responsável (substituição tributária).

Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90: “deixar de recolher (...) na qualidade de sujeito passivo da obrigação”.

Um ponto interessante é que a lei, quando aponta o sujeito ativo do crime como sendo o passivo da obrigação tributária, o faz de maneira geral, isto é, não distingue o sujeito passivo direto do indireto da obrigação tributária.

Logo, nada impede que o sujeito ativo deste crime possa ser:

- o contribuinte (sujeito passivo direto da obrigação tributária); ou
- o responsável tributário (sujeito passivo indireto da obrigação tributária).

Assim, o termo “sujeito passivo de obrigação”, previsto no tipo penal, abrange o contribuinte e o responsável (substituição tributária).

Crime próprio

Doutrinariamente, é classificado como crime próprio, considerando que se exige qualidade especial do sujeito ativo (Luiz Regis Padro, Nucci e Renato Brasileiro), pois demanda uma qualidade especial do agente: “sujeito passivo da obrigação tributária” - responsável ou contribuinte).

(2023 - CESPE - MPE-PA - Promotor de Justiça) O crime de apropriação indébita tributária é próprio, de forma que somente pode ser cometido por quem detenha a condição de sujeito passivo da obrigação tributária, seja como contribuinte ou responsável tributário (Certo).

Sujeito passivo

Será a União, o Estado-membro ou o Município tributante.

Objeto

O objeto do delito é o valor do tributo. No caso, a quantia transferida pelo consumidor ao comerciante.

Tipo objetivo

Algumas vezes a legislação estabelece que a pessoa tem, como obrigação tributária acessória, que recolher o tributo ou a contribuição social devida por outra e depois repassar esse valor ao ente tributante.

Ex1: o empregador, ao efetuar o pagamento do salário do empregado, deverá reter uma parcela desse rendimento e repassar tal valor à Receita Federal.

Se a pessoa fizer o desconto e não recolher, no prazo legal, o valor do tributo ou da contribuição social para o Fisco, haverá a prática desse crime.

Ex2: Rubens, sócio-gerente de uma sociedade comercial, deixou de recolher, de forma consciente, no prazo legal, o ICMS, referente aos meses de março e abril de 2002, encriturado nos livros fiscais e declarado à administração fazendária. Nessa situação, Rubens praticou, em tese, crime contra a ordem tributária (AGU CESPE 2003).

Elemento subjetivo

O delito exige, para sua configuração, que a conduta seja dolosa, consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo.

Para que se configure o crime é necessária a existência de elemento subjetivo especial (“dolo específico”)?

SIM.

Para a configuração do delito previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, deve ser comprovado o dolo específico.

STJ. 6ª Turma. HC 675.289-SC, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 16/11/2021 (Info 718).

A orientação do STJ era no sentido de que para o delito previsto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/90, não havia exigência de dolo específico, mas apenas de dolo genérico.

Contudo, o STJ mudou de entendimento depois do julgamento do STF no qual a Corte afirmou que “o contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990” (STF. Plenário. RHC 163.334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18/12/2019).

Desse modo, deve ser averiguada a existência de dolo específico de apropriação para fins de configuração do delito previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, sob pena de ser reconhecida a absolvição.

Dolo de apropriação (= exige dolo específico)

O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

STF. Plenário. RHC 163334, Rel. Roberto Barroso, julgado em 18/12/2019.

Não se exige clandestinidade

O fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir (fazer desaparecer) o crime. Isso porque, para a configuração deste delito, não se exige clandestinidade (não se exige que seja feito às escondidas).

O tipo penal criminaliza a mera conduta de dever o imposto? Trata-se de criminalização do mero inadimplemento?

NÃO. A conduta reprovável criminalizada por este tipo penal não é “dever imposto”, e sim cobrá-lo de terceiro sem repassá-lo ao Fisco, apropriando-se do valor.

Por essa razão, o STF entende que os crimes contra a ordem tributária são compatíveis com a Constituição Federal e não representam prisão por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/88):

Os crimes previstos na Lei nº 8.137/90 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição.

STF. Plenário. ARE 999425 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/03/2017 (repercussão geral).

O agente tinha a obrigação tributária de recolher o tributo ou contribuição

A redação do tipo penal fala em deixar de recolher o “valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado”. Isso significa que nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição.

Sentido das palavras “descontado” e “cobrado”

O tipo penal fala que configura o crime deixar de recolher valor de tributo ou de contribuição social, “descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

Conforme explica o Min. Rogerio Schietti Cruz, as palavras “descontado” e “cobrado” não estão empregadas aqui no sentido tributário (HC 399.109-SC).

No Direito Tributário, o sujeito passivo nunca irá “cobrar” o tributo, sendo esta uma atividade do Fisco. O máximo que o sujeito passivo pode fazer é a retenção do tributo para, posteriormente, recolher ao Fisco, como ocorre na substituição tributária.

De igual forma, o sujeito passivo não “desconta” tributos. Tecnicamente, para o Direito Tributário, descontar significa dar desconto, ou seja, conferir abatimento nos casos em que há o pagamento antecipado do crédito tributário (art. 158, parágrafo único, do CTN).

Diante disso, devemos interpretar tais expressões para fins penais. Nessa linha de raciocínio, tem-se o seguinte:

- Descontado: está relacionado com a responsabilidade tributária por substituição. Assim, descontado é o valor recolhido pelo responsável tributário em uma relação jurídica obrigacional tributária cuja responsabilidade se dá por substituição.
- Cobrado: possui semelhante significado ao das palavras “receber”, “embolsar” ou “coletar”. Está, portanto, relacionado com os tributos indiretos, cuja incidência acarretará o aumento do valor do produto a ser suportado pelo contribuinte de fato. Logo, se o valor do ICMS naquela venda era R\$ 200,00, o vendedor (contribuinte de direito) irá repassar esse custo ao comprador (contribuinte de fato). Assim, o vendedor irá “cobrar” do comprador esse valor e, se deixar de pagar (recolher) esse valor para o Fisco, pode cometer o delito em tela.

Veja as palavras do Min. Rogerio Schietti Cruz:

“A título de exemplo, menciono o ICMS. O produtor, ao iniciar a cadeia de consumo, recolhe o imposto sobre operações próprias e é reembolsado desse valor com a transferência do encargo para o atacadista que, por sua vez, o transfere para o varejista e que, por fim, repassa para o consumidor final. Veja-se que nessa hipótese, mesmo no caso do ICMS incidente sobre operações próprias, o produtor “cobra” (é reembolsado pela retenção) do próximo adquirente do produto na cadeia de produção, até que o

consumidor final, após sucessivas transferências de encargo, suporte o ônus de pagar o valor correspondente ao ICMS, que será acrescido ao valor final do produto. Não há, portanto, "descontos" em nenhuma circunstância." (HC 399.109-SC).

Feita essa explicação sobre a apropriação indébita tributária, vamos agora entender a controvérsia resolvida pela súmula a partir da seguinte situação hipotética:

João é sócio-gerente de uma loja de confecções.

Ele vendeu diversas roupas e, no preço, embutiu os custos que ele teria com o ICMS.

Em outras palavras, ele realizou operações que configuram fato gerador de ICMS.

João entregou a Guia de Informação e Apuração do ICMS (chamada de GIA) ao Fisco Estadual, mas não recolheu o tributo devido.

Sobre o tema, vale lembrar a Súmula 436 do STJ: A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Diante da ausência de pagamento, João foi cobrado pelo Fisco.

Além disso, o Ministério Público denunciou o comerciante pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

Tese da defesa

A defesa argumentou que, no caso concreto, as operações que geraram o ICMS eram operações próprias, ou seja, operações nas quais o sujeito passivo era o próprio agente (não era caso de substituição tributária).

Para a defesa, o art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 somente deveria ser aplicado para os casos de responsabilidade tributária por substituição (substituição tributária).

Nos casos em que não há o repasse de ICMS recolhido em operações próprias, não haveria crime, mas sim mero inadimplemento fiscal.

Em suma, a defesa alegou que o comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo, não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria.

A tese da defesa foi acolhida pelo STJ?

NÃO.

A conduta de não recolher ICMS enquadra-se no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, seja em caso de "operações próprias", seja em caso de "substituição tributária". Isso porque ambas as situações estão abrangidas pelas expressões "descontado" e "cobrado":

- "descontado": refere-se aos casos de tributos diretos em que há a responsabilidade por substituição tributária, ou seja, relaciona-se com as hipóteses em que o responsável pela retenção na fonte não paga o tributo ao Fisco.
- "cobrado": refere-se aos tributos indiretos, mesmo aqueles realizados em operações próprias, visto que o contribuinte de direito, ao reter o valor do imposto ou contribuição devidos, repassa o encargo para o adquirente do produto. No caso do ICMS (que é um tributo indireto), o encargo com o pagamento deste imposto é transferido (repassado) em cada uma das operações para o adquirente e, no final, quem vai arcar economicamente com o valor do imposto é o consumidor final. Ex: distribuidora "A" vende para o atacadista "B"; neste preço já estará embutido o custo com o ICMS; "B" revende a mercadoria para a loja "C"; neste preço também já estará embutido o custo com o ICMS, ou seja, "B" já repassou o custo para "C"; a loja "C", por sua vez, irá vender para o consumidor final e, no preço comercializado, estará também o custo do ICMS. Assim, no fim das contas, quem vai pagar, de fato, é o consumidor.

Por essa razão, o STJ considera que a conduta de não recolher ICMS configura o crime do art. 2º, II, mesmo em caso de "operações próprias". Isso porque o vendedor "cobra" do consumidor o valor do ICMS. Se não repassa ao Fisco, significa que ele apropriou o tributo "cobrado".

Nesse sentido, configura um dos precedentes que deu origem à súmula:

A conduta de não recolher ICMS em operações próprias ou em substituição tributária enquadraria formalmente no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 (apropriação indébita tributária), desde que comprovado o dolo.

O não repasse do ICMS recolhido pelo sujeito passivo da obrigação tributária, em qualquer hipótese, enquadraria formalmente no tipo previsto art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, desde que comprovado o dolo.

Em outras palavras, o tipo do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 não fica restrito apenas às hipóteses em que há substituição tributária.

STJ. 3ª Seção. HC 399.109-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 22/08/2018 (Info 633).

Conforme explica o Min. Reynaldo Soares da Fonseca:

“(...) o que se criminaliza é o fato de o contribuinte se apropriar do dinheiro relativo ao imposto, devidamente recebido de terceiro, quer porque descontou do substituído tributário quer porque cobrou do consumidor, não repassando aos cofres públicos.

(...)

(...) tendo o consumidor arcado com o imposto, tem-se que o valor foi dele cobrado sem que tenha sido devidamente repassado aos cofres públicos, havendo, assim, sua indevida apropriação.

Portanto, não há se falar em atipicidade penal nos casos em que o imposto foi previamente descontado ou cobrado do consumidor final, na composição dos valores do produto.”

Em suma:

Súmula 658-STJ: O crime de apropriação indébita tributária pode ocorrer tanto em operações próprias, como em razão de substituição tributária.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

Mesmo com a expedição de carta precatória, que não suspende a instrução criminal, o interrogatório deve ser o último ato, não podendo ser realizado antes da oitiva das testemunhas

Importante!!!

ODS 16

O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal.

A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório.

O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita:

- à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e
- à demonstração do prejuízo para o réu.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.933.759-PR e 1.946.472-PR, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1114) (Info 787).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2014, João foi denunciado pelo crime de abuso de confiança (art. 155, § 4º, II do Código Penal).

O processo tramita na comarca de Londrina (PR).

O juiz recebeu a denúncia e designou audiência de instrução.

A defesa informou que o réu estava residindo na cidade de Curitiba (PR) e que, por questões de saúde, não poderia comparecer de forma presencial para os atos do processo. Desse modo, pugnou para que seu interrogatório fosse realizado via carta precatória.

No dia 22/02/2015, foi realizada a audiência de instrução, presencial, em Londrina, na qual foram ouvidas três testemunhas.

Diante da ausência de uma testemunha (Pedro), o MP pediu para que o juiz designasse uma nova audiência para continuação da instrução, com a oitiva da testemunha que não pode comparecer.

O magistrado designou nova audiência para ouvir a testemunha Pedro, marcando para o dia 26/08/2015. Em 14/05/2015, o réu foi interrogado, via carta precatória, em Curitiba.

Em 26/08/2015, em continuação audiência de instrução, foi realizada a oitiva de Pedro, testemunha arrolada pela acusação.

A defesa apresentou alegações finais discutindo apenas o mérito, sem mencionar nenhuma nulidade.

O juiz condenou o réu.

O condenado, com novo advogado, interpôs apelação arguindo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do interrogatório e dos atos subsequentes, sob o argumento de que o interrogatório deveria ter sido o último ato da instrução, nos termos do art. 400 do CPP:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

A defesa afirmou que o réu foi ouvido antes da principal testemunha do MP (Pedro), o que lhe causou prejuízo concreto.

O Tribunal manteve a sentença.

Os Desembargadores rejeitaram a preliminar de nulidade argumentando que:

- em regra, o interrogatório é o último ato da instrução;
- no entanto, o art. 400 c/c o art. 222, § 1º, do CPP autorizam a inversão dessa ordem no caso de interrogatório via carta precatória. Isso porque a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal. Logo, depois a carta precatória ter sido expedida, é possível que o juízo deprecante continua todos os atos de instrução mesmo que a carta ainda não tenha voltado:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

(...)

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Além disso, o Tribunal entendeu que condenação foi embasada não só no depoimento da testemunha de acusação ouvida posteriormente ao interrogatório do acusado, mas também em outros elementos probatórios – com ausência de prejuízo concreto.

Inconformada, a defesa interpôs recurso especial insistindo na tese da nulidade.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

Em parte.

O interrogatório pode ser realizado antes da oitiva da testemunha?

NÃO.

O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal.

A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida.

Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório.

A redação dada ao art. 400 pela Lei nº 11.719/2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

É possível que o interrogatório do réu seja feito antes da oitiva da testemunha em caso de carta precatória?

NÃO.

A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP somente se aplica para a oitiva das testemunhas e não para o interrogatório.

A ressalva feita ao art. 222 do CPP, no art. 400, vem inscrita imediatamente após a ordem determinada para a oitiva das testemunhas, deixando claro que o legislador somente autorizou que se flexibilize excepcionalmente a inversão desta ordem, em caso de pendência de cumprimento de carta precatória, exclusivamente em relação à oitiva das testemunhas de acusação e defesa.

O interrogatório é o momento em que o réu pode se contrapor à acusação e aos fatos eventualmente suscitados pelas testemunhas, o que, por si, reclama de forma irrefutável que a fala do réu venha após todas as demais, seja em que ordem elas tenham sido realizadas, viabilizando, assim, a ampla defesa de toda a carga acusatória.

Corrobora esta posição, a moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embase no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

Isso significa que a condenação de João será anulada no presente caso?

NÃO.

O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP:

Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500; (...)

Assim, o réu deveria ter arguido a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão.

No caso concreto, o acusado arguiu a nulidade somente em razões de apelação.

Além disso, cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto.

No caso em tela, a defesa se limitou a afirmar que Pedro era a testemunha mais importante. Ocorre que o juízo condenou com fundamento em outros depoimentos e provas.

Em suma:

O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal.

A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório.

O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita:

- à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e
- à demonstração do prejuízo para o réu.

STJ. 3^a Seção. REsp 1.933.759-PR e 1.946.472-PR, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 13/9/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1114) (Info 787).

EXECUÇÃO PENAL (FALTA GRAVE)**Súmula 660 do STJ**

ODS 16

Súmula 660-STJ: A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave.

STJ. 3^a Seção. Aprovada em 13/9/2023.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) prevê que, se o apenado for encontrado na unidade prisional com telefone celular, ele comete falta disciplinar considerada grave:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

(...)

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Repare que a redação literal do inciso VII menciona apenas “aparelho telefônico, de rádio ou similar”, nada falando sobre componentes.

Dante disso, indaga-se: se o condenado for encontrado portando apenas o chip do telefone celular, ele cometerá falta grave?

SIM. Configura falta grave não apenas a posse de aparelho celular, mas também a de seus componentes essenciais, como é o caso do carregador, do chip, da bateria ou da placa eletrônica, considerados indispensáveis ao funcionamento do aparelho.

Este é o entendimento pacífico do STJ e também do STF.

O objetivo da previsão contida no inciso VII do art. 50 da LEP é o de evitar a comunicação entre presos e seus comparsas que estão no ambiente externo, evitando-se, assim, a deletéria conservação da atividade criminosa que, muitas vezes, conduziu-os ao aprisionamento. Portanto, há de se ter por configurada falta grave também pela posse de qualquer outra parte integrante do aparelho celular. Conclusão diversa permitiria o fracionamento do aparelho entre cúmplices apenas com o propósito de afastar a aplicação da lei e de escapar das sanções nela previstas (voto do Min. Marco Aurélio Bellizze, no HC 260122-RS, Rel. julgado em 21/3/2013).

Em suma:

Súmula 660-STJ: A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave.

Para que o preso seja punido pela falta grave é necessário que o celular ou os componentes essenciais sejam apreendidos e submetidos à perícia?

NÃO.

Súmula 661-STJ: A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais.

Repare que a súmula fala em componentes essenciais. Assim, se o preso for encontrado portando unicamente uma capinha de celular, não haverá prática de falta grave considerando que não se trata de componente essencial desse meio de comunicação.

E durante o trabalho externo? Se o preso, durante o trabalho externo, for encontrado portando celular ou seus componentes essenciais, haverá a prática de falta grave?

SIM.

As regras de disciplina estabelecidas para o cumprimento da pena também devem ser observadas durante o trabalho extramuros. Logo, configura falta grave a posse de celular ou de seus componentes essenciais durante a realização do trabalho externo/extramuros:

A posse de celular durante a realização de trabalho externo, ainda que fora do estabelecimento prisional, configura a prática de falta grave.

STJ. 6ª Turma. RHC 96.193/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 26/5/2020.

EXECUÇÃO PENAL (FALTA GRAVE)

Súmula 661 do STJ

ODS 16

Súmula 661-STJ: A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais.

STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/9/2023.

Se o preso for encontrado portando celular ele pratica falta grave?

SIM. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) prevê que, se o apenado for encontrado na unidade prisional com telefone celular, ele comete falta disciplinar considerada grave:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
(...)

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Se o preso for encontrado portando apenas o chip, a bateria, o carregador ou qualquer outro componente essencial, ele também pratica falta grave:

Súmula 660-STJ: A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave.

Para que o preso seja punido pela falta grave é necessário que o celular ou os componentes essenciais encontrados com o apenado sejam submetidos à perícia?

NÃO.

É prescindível (dispensável) a perícia do aparelho celular ou dos componentes essenciais apreendidos para a configuração da falta disciplinar de natureza grave:

No que tange à materialidade da infração disciplinar, consolidou-se no STJ o entendimento no sentido de que a posse/uso de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como chip,

carregador ou bateria, constitui falta grave, sendo prescindível (dispensável) a realização de perícia no aparelho telefônico ou seus acessórios com a finalidade de se atestar sua funcionalidade.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 845.565/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/9/2023.

Em um caso concreto, o STJ reconheceu a prática da falta grave mesmo o celular tendo sido encontrado dentro de um balde com água, não tendo sido aceita a tese da defesa de que o aparelho não estava mais funcionando:

(...) 1. Põe-se como falta grave o simples fato de o condenado possuir, utilizar, ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, não havendo regra legal que imponha a realização de exame pericial para comprovar a sua funcionalidade. 2. O fato de, no momento da apreensão, o aparelho celular ter sido encontrado em um balde com água não descharacteriza a falta disciplinar, uma vez que a lei de execução penal é expressa em vedar a simples posse do telefone dentro da penitenciária. (...)

STJ. 5ª Turma. HC 133.497/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3/9/2009.

O STJ compreendeu que, caso a tese defensiva fosse aceita, um detento poderia simplesmente danificar seu telefone celular ao notar a aproximação dos agentes penitenciários. Desse modo, mesmo que os agentes confiscassem o aparelho, o fato de ter sido danificado instantes antes impediria que o preso fosse acusado de cometer falta grave.

EXECUÇÃO PENAL (PRESÍDIOS FEDERAIS)

Súmula 662 do STJ

ODS 16

Súmula 662-STJ: Para a prorrogação do prazo de permanência no sistema penitenciário federal, é prescindível a ocorrência de fato novo; basta constar, em decisão fundamentada, a persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso.

STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/9/2023.

Presídios federais

A quase totalidade dos presídios existentes no Brasil é estadual. Com isso, mesmo as pessoas presas por conta de processos que tramitam na Justiça Federal, em regra, ficam custodiadas em presídios estaduais. Na atualidade, existem cinco presídios federais:

- Penitenciária Federal de Catanduvas (PR);
- Penitenciária Federal de Campo Grande (MS);
- Penitenciária Federal de Porto Velho (RO);
- Penitenciária Federal de Mossoró (RN);
- Penitenciária Federal de Brasília (DF).

Cada penitenciária dessas possui um juiz federal corregedor, responsável pela unidade e com competências previstas em lei. Confira o que diz o art. 2º da Lei nº 11.671/2008:

Art. 2º A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

Parágrafo único. O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal.

Base legal

A transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais são reguladas pela Lei nº 11.671/2008.

Além disso, podem ser citados outros instrumentos infralegais importantes:

- Decreto nº 6.877/2009;
- Decreto nº 6.049/2007;
- Resolução nº 557-CJF.

Segurança máxima

Os estabelecimentos penais federais são considerados, pela lei, como de segurança máxima.

Quem pode ser recolhido em presídio federal?

Poderão ser incluídos em presídio federal:

- presos provisórios ou condenados;
- presos estaduais ou federais.

Preso por “crime federal” ou “crime estadual”

O presídio federal pode receber tanto presos acusados e condenados por crimes de competência da Justiça Federal como da Justiça Estadual.

Desse modo, o critério para abrigar presos em estabelecimentos prisionais federais não é a competência para julgamento dos fatos por eles praticados, mas sim a necessidade de uma custódia de segurança máxima por razões ligadas à segurança pública ou do próprio preso.

Motivos que autorizam o recolhimento do preso em presídio federal

A lei é muito vaga quanto a isso (art. 3º), afirmando que serão recolhidos em presídios federais aqueles cuja medida se justifique por conta do interesse:

- da segurança pública; ou
- do próprio preso.

Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório. (Redação dada Lei nº 13.964/2019)

Segundo o art. 3º do Decreto nº 6.877/2009, para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

- ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;
- ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;
- estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado — RDD;
- ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;
- ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou
- estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Prazo de permanência no presídio federal

3 anos. Confira o que diz a Lei:

Art. 10. (...)

§ 1º O período de permanência será de até 3 (três) anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram.

Quem tem legitimidade para pedir a inclusão do preso no Sistema Penitenciário Federal?

- Autoridade administrativa (exs.: delegado de polícia, secretário de segurança pública, secretário de justiça etc.);
- Ministério Público;
- o próprio preso.

A quem é endereçado o pedido de transferência para o presídio federal?

O requerimento de transferência deve ser endereçado ao juízo responsável pelo preso (juízo federal ou juízo estadual, a depender do caso), e nunca diretamente ao juiz federal corregedor da penitenciária federal.

A competência para decidir se haverá a transferência, conforme veremos mais abaixo, é uma decisão tanto do juízo de origem como do juízo federal corregedor do presídio.

Oitiva prévia

Após o requerimento ser recebido, é formado um processo de transferência.

O juiz deverá determinar, de imediato, que sejam ouvidas, no prazo de 5 (cinco) dias cada:

- a autoridade administrativa;
- o MP;
- a defesa; e
- o Departamento Penitenciário Nacional — DEPEN (a quem é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado).

Na hipótese de imprescindibilidade de diligências complementares, o juiz federal ouvirá, no prazo de 5 (cinco) dias, o Ministério Público Federal e a defesa e, em seguida, decidirá acerca da transferência no mesmo prazo.

É possível a transferência ou manutenção do preso em presídio federal mesmo sem a oitiva da defesa?

SIM. A Lei nº 11.671/2008 prevê que, havendo extrema necessidade, o juiz poderá autorizar a imediata transferência do preso e, após o preso estar incluído no sistema penitenciário federal, ouvir as partes interessadas e decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada.

Desse modo, em caso de situações emergenciais, o contraditório será diferido.

Nesse sentido já decidiu o STF:

A transferência de preso para presídio federal de segurança máxima sem a sua prévia oitiva, desde que fundamentada em fatos caracterizadores de situação emergencial, não configura ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. STF. 1ª Turma. HC 115539/RO, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/9/2013 (Info 718).

É também a posição do STJ:

Súmula 639-STJ: Não fere o contraditório e o devido processo decisão que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal.

De quem é a competência para decidir se um preso deve ou não ser incluído no Sistema Penitenciário Federal?

Inicialmente, o juízo de origem (federal ou estadual), isto é, o juízo responsável pelo preso, faz um juízo de admissibilidade sobre o requerimento de transferência.

- Se nesse juízo de admissibilidade, o pedido for indeferido: encerra-se o processo de transferência. Há possibilidade de recurso.
- Se houver concordância com o pedido: o próprio juízo de origem formulará requerimento ao juiz federal competente pelo presídio federal, encaminhando os autos do processo de transferência.

O juiz federal corregedor do presídio federal irá, então, decidir, de forma fundamentada, se aceita ou não o preso.

Desse modo, a inclusão dependerá de duas decisões:

- do juízo de origem (estadual ou federal, a depender do caso);
- do juiz federal corregedor do presídio.

O que o juízo federal corregedor do presídio analisa para decidir se haverá ou não a inclusão do preso?

Apenas a regularidade formal da solicitação.

Segundo entende o STJ:

Ao Juízo Federal não compete realizar juízo de valor sobre as razões de fato emanadas pelo Juízo solicitante, sendo-lhe atribuído pelo art. 4º da Lei nº 11.671/2008, tão somente, o exame da regularidade formal da solicitação.

STJ. 3ª Seção. CC 168.595/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/03/2020.

Prevalece, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que, acaso devidamente motivado pelo Juízo estadual o pedido de manutenção do preso em presídio federal, não cabe ao Magistrado Federal exercer juízo de valor sobre a fundamentação apresentada, mas apenas aferir a legalidade da medida.

STJ. 3ª Seção. AgRg no CC 169.736/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12/02/2020.

Não cabe ao Juízo Federal discutir as razões do Juízo Estadual, quando solicita a transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima, assim quando pede a renovação do prazo de permanência, porquanto este é o único habilitado a declarar a excepcionalidade da medida.

STJ. 3ª Seção. AgRg no CC 160.401/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 10/04/2019.

O que acontece se o juízo federal corregedor do presídio não admitir a transferência do preso?

Rejeitada a transferência, o juízo de origem poderá suscitar o conflito de competência perante o tribunal competente, que o apreciará em caráter prioritário.

Enquanto não decidido o conflito de competência e sendo caso de renovação, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal.

No julgamento dos conflitos de competência, a lei afirma que o tribunal competente (no caso, o STJ) deverá negar a transferência em caso de o presídio federal já estar com lotação máxima.

Quem julga esse conflito de competência?

<i>Se o juízo de origem for</i>	<i>Quem julgará o conflito?</i>
Juiz estadual	STJ
Juiz federal vinculado a um TRF diferente do juiz federal corregedor do presídio. Ex.: quem solicitou foi o juiz federal do Rio de Janeiro (TRF2) e quem rejeitou foi o juiz federal de Porto Velho (TRF1).	STJ
Juiz federal vinculado ao mesmo TRF do juiz federal Corregedor do presídio.	TRF respectivo (no exemplo dado será o TRF1)

Ex.: quem solicitou foi o juiz federal de Manaus (TRF1) e quem rejeitou foi o juiz federal de Porto Velho (TRF1).

Feita essa revisão, vamos agora entender a súmula a partir do seguinte caso concreto:

Alexandre, membro de conhecida organização criminosa, foi condenado e cumpre pena na Penitenciária Federal de Campo Grande/MS, considerando ter sido o responsável pelo atentado contra a Polícia de São Paulo, que vitimou um policial militar, executado com 17 tiros.

Expirado o prazo de 3 anos, Alexandre deveria sair do presídio federal e ser transferido para uma penitenciária estadual.

Ocorre que o Juízo Estadual solicitou a renovação da permanência do condenado no Sistema Penitenciário Federal argumentando que isso seria necessário para resguardar a segurança pública, haja vista sua extrema periculosidade, verificada por ele integrar organização criminosa voltada à prática reiterada de crimes violentos e, ainda, pelo fato de ele exercer forte papel de liderança sobre outros detentos.

Vale ressaltar que o magistrado estadual não apresentou fatos novos em relação ao primeiro pedido. Em outras palavras, durante o período em que o apenado permaneceu no presídio federal não aconteceu nada novo que pudesse ser mencionado no pedido de prorrogação.

O Juízo Federal concordou com o pedido do Juízo estadual e foi renovado o prazo de permanência do sentenciado na Penitenciária Federal de Campo Grande/MS.

A defesa interpôs agravo de execução alegando que não houve justificativa idônea para a renovação do prazo de permanência do condenado no presídio federal.

Para a defesa, a prorrogação da permanência do condenado no presídio federal somente poderia ser autorizada se o juízo estadual tivesse apresentado fatos novos, não sendo suficiente invocar os mesmos motivos que levaram originalmente a sua inclusão no Sistema Penitenciário Federal.

O TRF negou provimento ao recurso e a defesa impetrhou habeas corpus ao STJ.

O STJ concordou com os argumentos da defesa? É necessário algum fato novo para que ocorra a prorrogação do prazo de permanência do condenado no presídio federal?

NÃO.

A possibilidade de renovação do período de permanência, quando solicitada motivadamente pelo juízo de origem, está prevista no art. 10, § 1º, da Lei nº 11.671/2008:

Art. 10 (...)

§ 1º O período de permanência será de até 3 (três) anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Para a prorrogação do prazo de permanência no sistema federal de segurança máxima, não é imprescindível (indispensável) a ocorrência de fato novo. Para a prorrogação, basta a indicação, em decisão fundamentada, da persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso (STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1273391/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 24/10/2018).

Essa é a redação literal do dispositivo: “se persistirem os motivos que a determinaram”.

Logo, não é preciso fato novo para a manutenção da medida, bastando que a situação não tenha se alterado, ou seja, que os motivos ainda estejam presentes.

(...) 2. Na situação dos autos, o Juízo estadual apontou a necessidade de permanência do detento em presídio de segurança máxima federal. A demonstração da permanência dos fundamentos que levaram à inclusão do detento no Sistema Prisional Federal é suficiente para justificar o deferimento do pedido de prorrogação, não sendo exigida a indicação de fatos novos. (...)

STJ. 3ª Seção. AgRg no CC 197.970/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3/8/2023.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) Não ocorre renúncia tácita à prescrição (art. 191 do Código Civil), a ensejar o pagamento retroativo de parcelas anteriores à mudança de orientação jurídica, quando a Administração Pública, inexistindo lei que, no caso concreto, autorize a mencionada retroação, reconhece administrativamente o direito pleiteado pelo interessado. ()
- 2) Nos procedimentos de demarcação de terrenos de marinha, é válido o ato jurídico de chamamento de interessados certos ou incertos à participação colaborativa com a Administração formalizado exclusivamente por meio de edital, desde que o ato tenha sido praticado no período de 31/05/2007 até 28/03/2011, em que produziu efeitos jurídicos a alteração legislativa do art. 11 do Decreto-lei nº 9.760/46 promovida pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007. ()
- 3) O Banco do Brasil não tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda na qual se discute saques indevidos da conta vinculada ao PASEP. ()
- 4) A pretensão ao resarcimento dos danos havidos em razão dos desfalques em conta individual vinculada ao PASEP se submete ao prazo prescricional quinquenal. ()
- 5) O termo inicial para a contagem do prazo prescricional é o dia em que o titular, comprovadamente, toma ciência dos desfalques realizados na conta individual vinculada ao PASEP. ()
- 6) É de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida. Havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto ao caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador. ()
- 7) A validade das multas administrativas por infração ambiental, previstas na Lei nº 9.605/98, depende da prévia aplicação da penalidade de advertência. ()
- 8) As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo possível exigi-las, à escolha do credor, do proprietário ou possuidor atual, de qualquer dos anteriores, ou de ambos, ficando isento de responsabilidade o alienante cujo direito real tenha cessado antes da causação do dano, desde que para ele não tenha concorrido, direta ou indiretamente. ()
- 9) Antes da vigência do § 7º do art. 22 do Estatuto da OAB (5 de outubro de 2018), é necessária a apresentação dos contratos celebrados com cada um dos filiados ou beneficiários para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação. Após a vigência do supracitado dispositivo, para que o sindicato possa reter os honorários contratuais sobre o montante da condenação, embora seja dispensada a formalidade de apresentação dos contratos individuais e específicos para cada substituído, mantém-se necessária a autorização expressa dos filiados ou beneficiários que optarem por aderir às obrigações do contrato originário. ()
- 10) O art. 109, § 3º, da CF/88, com redação dada pela EC 103/2019, não promoveu a revogação (não recepção) da regra transitória prevista no art. 75 da Lei nº 13.043/2014, razão pela qual devem permanecer na Justiça Estadual as execuções fiscais ajuizadas antes da vigência da lei referida. ()
- 11) É cabível agravo de instrumento contra a decisão que acolhe embargos à monitória para excluir a parte dos litisconsortes passivos, remanescendo o trâmite da ação monitória em face de outro réu. ()
- 12) A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações. ()
- 13) A efetiva restrição de liberdade das vítimas é imprescindível para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo. ()

- 14) O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão a o contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação. ()
- 15) O crime de apropriação indébita tributária pode ocorrer tanto em operações próprias, como em razão de substituição tributária. ()
- 16) O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP à demonstração do prejuízo para o réu. ()
- 17) A posse, pelo apenado, tão somente dos componentes do aparelho celular não constitui falta grave, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. ()
- 18) No âmbito da execução penal, para o reconhecimento da falta grave é necessária a perícia do celular apreendido com o preso. ()
- 19) O período de permanência no sistema penitenciário federal será de até 3 (três) anos, renovável uma só vez, por igual período, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram. ()
- 20) Para a prorrogação do prazo de permanência no sistema penitenciário federal, é prescindível a ocorrência de fato novo; basta constar, em decisão fundamentada, a persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso. ()

Gabarito

1. C	2. C	3. E	4. E	5. C	6. C	7. E	8. C	9. C	10. C
11. C	12. C	13. E	14. C	15. C	16. C	17. E	18. E	19. E	20. C