

Informativo comentado: Informativo 734-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

- *Polícia Federal pode recusar pedido de inscrição no curso de vigilante pelo fato de o indivíduo ter praticado delito que envolve o emprego de violência contra a pessoa ou por ter demonstrado comportamento agressivo incompatível com as funções do cargo.*

DIREITO À SAÚDE

- *É obrigatória a presença da União no polo passivo de ação na qual se pede medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado aos protocolos do SUS?*

ÍNDIOS

- *O Poder Judiciário pode determinar, ante injustificável inércia estatal, que o Poder Executivo adote medidas necessárias à concretização de direitos constitucionais dos indígenas.*

DIREITO AMBIENTAL

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

- *A indenização de dano ambiental deve abranger a totalidade dos danos causados, não sendo possível ser decotadas em seu cálculo despesas referentes à atividade empresarial (impostos e outras).*

CÓDIGO FLORESTAL

- *É possível a queima da palha de cana-de-açúcar em atividades agroindustriais, se houver autorização do órgão ambiental?*

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL

- *Terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos.*

DANO MORAL

- *É imprescindível perícia técnica para quantificar dano moral, ante divulgação não autorizada de obra, reconhecido em título executivo em que se determina que seja considerada a repercussão econômica do ilícito.*

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

- *Tem direito ao recebimento de aluguéis a parte que, sem vínculo de parentalidade com a cônjuge supérstite, possuía imóvel em copropriedade com o de cujus.*

DIREITO EMPRESARIAL

PROPRIEDADE INTELECTUAL

- *O marco inicial e o prazo de vigência previstos no parágrafo único do art. 40 da LPI não são aplicáveis às patentes depositadas na forma estipulada pelo art. 229, parágrafo único, dessa mesma lei (patentes mailbox).*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

- *A concessão da gratuidade de justiça ao microempreendedor individual - MEI e ao empresário individual prescinde de comprovação da hipossuficiência financeira.*

CITAÇÃO

- *Não é possível considerar válida a citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa.*

RECURSOS (RECURSO ESPECIAL)

- *É necessária a indicação da alínea do inciso III do art. 105, da Constituição, no momento da interposição do recurso especial, para que este seja conhecido pelo STJ?*

PROCESSO COLETIVO

- *A liquidação da sentença coletiva, promovida pelo Ministério Público, não tem o condão de interromper o prazo prescricional para o exercício da pretensão individual de liquidação e execução pelas vítimas e seus sucessores.*

DIREITO PENAL

CRIME CONTINUADO

- *O reconhecimento da continuidade delitiva não importa na obrigatoriedade de redução da pena definitiva fixada em cúmulo material, porquanto há possibilidade de aumento do delito mais gravoso em até o triplo, nos termos do art. 71, parágrafo único, in fine, do CP.*

LEI DE DROGAS

- *É possível utilizar a quantidade e natureza da droga apreendida para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da LD?*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- *A denúncia anônima acerca da ocorrência de tráfico de drogas acompanhada das diligências para a constatação da veracidade das informações prévias podem caracterizar as fundadas razões para o ingresso dos policiais na residência do investigado.*

NULIDADES

- *Expressões ofensivas, desrespeitosas e pejorativas proferidas pelo magistrado na sessão de julgamento contra a honra do réu podem configurar quebra de imparcialidade e causa de nulidade absoluta.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

- *Imposto de Renda não incide sobre juros de mora por atraso no pagamento de verbas salariais.*

ICMS

- *ICMS integra a base de cálculo da CPRBC.*

ITBI

- *O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa.*

PIS/PASEP E COFINS

- *Impossibilidade de aproveitamento de créditos de PIS e Cofins no sistema monofásico e outras teses correlatas.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Polícia Federal pode recusar pedido de inscrição no curso de vigilante pelo fato de o indivíduo ter praticado delito que envolve o emprego de violência contra a pessoa ou por ter demonstrado comportamento agressivo incompatível com as funções do cargo

ODS 5, 8 E 16

Quando o delito imputado envolve o emprego de violência contra a pessoa ou demonstre comportamento agressivo incompatível com as funções de vigilante, é válida a recusa de pedido de inscrição em curso de reciclagem para vigilantes profissionais, porquanto configurada, em regra, a ausência de idoneidade do indivíduo.

Caso concreto em que o indivíduo restou condenado pela prática de lesão corporal no âmbito doméstico, com sentença penal transitada em julgado e pena já cumprida, não se evidenciando, desse modo, ilegalidade na recusa à matrícula no curso de reciclagem pela Polícia Federal, porquanto se trata de delito que atrai valoração negativa sobre a conduta exigida do profissional, revelando sua inidoneidade para o exercício da profissão.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.952.439-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Vigilante

A profissão de vigilante, por envolver o uso de arma de fogo, é fiscalizada pela Polícia Federal, sendo regida pela Lei nº 7.102/93. Confira:

Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

(...)

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

Art. 15. Vigilante, para os efeitos desta lei, é o empregado contratado para a execução das atividades definidas nos incisos I e II do caput e §§ 2º, 3º e 4º do art. 10.

Requisitos para ser vigilante

O art. 16 da Lei nº 7.102/93 lista uma série de requisitos indispensáveis ao exercício da profissão de vigilante:

Art. 16. Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

I - ser brasileiro;

II - ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos;

III - ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;

IV - ter sido aprovado, em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei;

V - ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico;

VI - não ter antecedentes criminais registrados; e

VII - estar quite com as obrigações eleitorais e militares.

Desse modo, o inciso VI do art. 16 da Lei nº 7.102/93 exige como requisito para o exercício da profissão de vigilante a inexistência de antecedentes criminais.

Primeira pergunta: se o indivíduo possui contra si um inquérito policial ou uma ação penal sem trânsito em julgado, ele poderá ser vigilante?

SIM. O STJ entende que:

Viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de participação ou registro de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado.

Assim, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, o simples fato de existir um processo penal em andamento não pode ser considerada antecedente criminal para o fim de impedir que o vigilante se matricule no curso de reciclagem.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 1071931/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19/09/2017.

STJ. 2ª Turma. REsp 1597088/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/08/2017.

Assim, a orientação do STJ é no sentido de que não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de processo em andamento não pode ser considerada antecedente criminal a obstar a matrícula em curso de reciclagem para vigilante, em respeito ao princípio da presunção de inocência (STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp n. 1.928.697/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16/5/2022).

Se o indivíduo possui contra si uma condenação criminal transitada em julgado, ele poderá ser vigilante?
NÃO.

A existência de condenação criminal transitada em julgado impede o exercício da atividade profissional de vigilante por ausência de idoneidade moral.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.666.294-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 05/09/2019 (Info 658).

Ele estará impedido de ser vigilante mesmo que já tenha cumprido a pena?

SIM. A condenação criminal transitada em julgado impede o exercício da atividade profissional de vigilante, ainda que a pena tenha sido integralmente cumprida.

Ele estará impedido de ser vigilante mesmo que já tenham se passados mais de 5 anos do cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, do CP)?

SIM. O art. 64, I, do CP prevê o seguinte:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

O STJ entende que, mesmo que ultrapassado o lapso temporal de 5 anos mencionado no art. 64, I, do CP, a condenação anterior transitada em julgado é considerada como maus antecedentes. Isso porque o STJ adota o chamado “sistema da perpetuidade” para essa prática.

O que é esse sistema da perpetuidade?

Mesmo ultrapassado o lapso temporal de 5 anos, a condenação anterior transitada em julgado pode ser considerada como maus antecedentes. É a posição do STJ.

O STJ adotou as premissas acima explicadas e decidiu que:

É válida a recusa pela Polícia Federal de pedido de inscrição em curso de reciclagem para vigilantes profissionais, quando configurada a ausência de idoneidade do indivíduo em razão da prática de delito que envolve o emprego de violência contra a pessoa ou da demonstração de comportamento agressivo incompatível com as funções do cargo.

Caso concreto em que o indivíduo restou condenado pela prática de lesão corporal no âmbito doméstico, com sentença penal transitada em julgado e pena já cumprida, não se evidenciando, desse modo, ilegalidade na recusa à matrícula no curso de reciclagem pela Polícia Federal, porquanto se trata de delito que atrai valoração negativa sobre a conduta exigida do profissional, revelando sua inidoneidade para o exercício da profissão.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.952.439-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

DIREITO À SAÚDE

É obrigatória a presença da União no polo passivo de ação na qual se pede medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado aos protocolos do SUS?

ODS 3 E 16

Regina está acometida de uma doença e precisa de um medicamento, que já foi registrado na ANVISA, mas que não está incorporado aos atos normativos do SUS. Ela quer ajuizar uma ação para que seja fornecido esse medicamento. A União precisa necessariamente figurar no polo passivo da demanda?

O STJ decidiu que não:

Em ação que pretende o fornecimento de medicamento registrado na ANVISA, ainda que não incorporado em atos normativos do SUS, é prescindível a inclusão da União no polo passivo da demanda.

STJ. 2ª Turma. RMS 68.602-GO, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

O problema foi que a 1ª Turma do STF, no mesmo dia, decidiu, aparentemente, em sentido contrário ao que foi explicado:

É obrigatória a inclusão da União no polo passivo de demanda na qual se pede o fornecimento gratuito de medicamento registrado na Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não incorporado aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde.

Esse entendimento está em consonância com a tese fixada pelo STF nos embargos de declaração do RE 855.178 (Tema 793).

STF. 1ª Turma. RE 1286407 AgR-segundo/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/4/2022 (Info 1052).

No informativo 1052 do STF não foram fornecidos mais detalhes e o acórdão ainda não foi publicado. Assim, não se pode ter certeza se houve alguma distinção entre os dois casos. Tão logo haja alguma novidade, você será avisada (o).

EXPLICANDO OS TEMAS 793 E 500

Pedro sofre de hipertensão pulmonar primária e precisa de um remédio que não é fornecido pelo SUS. A ação pleiteando o fornecimento deste medicamento deverá ser proposta contra a União, Estado ou Município? Qual ente federativo tem o dever de fornecer o medicamento e custear o tratamento de saúde?

Os três entes federativos possuem responsabilidade (União, Estados/DF e Municípios).

Segundo a CF/88, a competência para prestar saúde à população é **comum** a todos os entes:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

O STF, ao interpretar esse dispositivo, entende que a prestação dos serviços de saúde e o fornecimento de medicamentos representam uma **responsabilidade solidária** dos três entes federativos (não se trata de responsabilidade subsidiária).

Magistrado pode direcionar o cumprimento e determinar o ressarcimento

A responsabilidade dos entes é solidária. No entanto, dentro da estrutura do SUS, existe uma divisão das competências de cada ente, que pode ser assim resumida em linhas gerais:

- União: coordena os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos.
- Estados: coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros, definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região.
- Municípios: prestam serviços de atenção básica à saúde.
- Distrito Federal: acumula as competências estaduais e municipais.

Essas competências não são facilmente identificáveis e, em diversos casos, o jurisdicionado teria enorme dificuldade de saber se a prestação de saúde que deseja é de competência da União, do Estado ou do Município. Por essa razão, desenvolveu-se essa ideia da solidariedade com a liberdade de o autor propor a ação contra qualquer um dos entes.

Ocorre que é possível que o magistrado, depois de proposta a ação, direcione o cumprimento da medida pleiteada conforme as regras de competência acima explicadas. Ex: um paciente ajuíza ação contra os três entes pleiteando o fornecimento de determinado medicamento. O magistrado identifica que a competência para concedê-lo é do ente local e, por essa razão, concede a medida liminar apenas contra o Município, determinando que ele forneça o aludido remédio.

Além disso, se um dos entes, em caso de urgência, custear a obrigação que seria de outro, é possível que o magistrado determine o ressarcimento a ser realizado por aquele ente que tinha a obrigação. Ex: um paciente ajuíza ação contra os três entes pleiteando tratamento de alta complexidade. É concedida a liminar contra os três entes e o Município cumpre a obrigação pedida. Ocorre que se constata que a competência para essa medida era da União. O magistrado poderá, então, condenar a União a ressarcir o Município.

Assim, caso se direcione e depois se alegue que, por alguma circunstância, o atendimento da demanda da cidadania possa ter levado um ente da Federação a eventual ônus excessivo, a autoridade judicial determinará o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

O STF resumiu essas conclusões com a seguinte tese:

Os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

STF. Plenário. RE 855.178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Repercussão Geral – Tema 793) (Info 941).

Essa tese do STF está de acordo com o enunciado 60, aprovado na II Jornada de Direito da Saúde, promovida pelo CNJ, na qual participaram os maiores estudiosos do tema no país:

Enunciado 60: A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA

Se o indivíduo estiver pleiteando o fornecimento de um medicamento que ainda não foi aprovado pela ANVISA, neste caso terá que ajuizar a ação necessariamente contra a União:

As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (Repercussão Geral – Tema 500) (Info 941).

Como a ANVISA integra a estrutura da Administração Pública Federal, não se pode permitir que Estados e Municípios (entes federativos que não são responsáveis pelo registro de medicamentos) sejam condenados a custear tais prestações de saúde quando eles não têm responsabilidade pela mora da Agência, nem têm a possibilidade de saná-la.

Quanto à competência, em razão da presença da União no polo passivo, a ação deverá ser proposta na 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, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Vale aqui um esclarecimento: a parte que pleiteia o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA não está obrigada a ajuizar a ação apenas contra a União. O que o STF decidiu é que a União obrigatoriamente deverá estar no polo passivo. Em outras palavras, existe a obrigatoriedade de a União figurar no polo passivo, mas não a sua exclusividade.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Regina está acometida de uma doença e precisa de um medicamento, que já foi registrado na ANVISA, mas que não está incorporado aos atos normativos do SUS. Ela quer ajuizar uma ação para que seja fornecido esse medicamento. A União precisa necessariamente figurar no polo passivo da demanda?

O STJ decidiu que não:

Em ação que pretende o fornecimento de medicamento registrado na ANVISA, ainda que não incorporado em atos normativos do SUS, é prescindível a inclusão da União no polo passivo da demanda.

STJ. 2ª Turma. RMS 68.602-GO, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Na fundamentação do julgado, o STJ citou justamente a decisão do STF proferida no Tema 793.

Para o STJ, ao julgar o RE 855.178 ED/SE (Tema 793/STF), o Supremo Tribunal Federal foi bastante claro ao estabelecer na ementa do acórdão que “É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.”

Ainda que tenha sido apresentada proposta pelo Ministro Edson Fachin que, na prática, poderia implicar litisconsórcio passivo da União, tal premissa/conclusão não integrou o julgamento que a Corte Suprema realizou no Tema 793. (...) o STJ já se manifestou reiteradas vezes sobre a quaestio iuris, estando pacificado o entendimento de que a ressalva contida na tese firmada nesse julgamento, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde. Entender de maneira diversa seria afastar o caráter solidário da obrigação, o qual foi

ratificado no precedente qualificado exarado pela Suprema Corte (STJ. 1ª Seção. RE nos EDcl no AgInt no CC 175.234/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/03/2022).

Decisão da 1ª Turma do STF em sentido contrário:

O problema foi que a 1ª Turma do STF, no mesmo dia, decidiu, aparentemente, em sentido contrário ao que foi explicado:

É obrigatória a inclusão da União no polo passivo de demanda na qual se pede o fornecimento gratuito de medicamento registrado na Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não incorporado aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde.

Esse entendimento está em consonância com a tese fixada pelo STF nos embargos de declaração do RE 855.178 (Tema 793).

STF. 1ª Turma. RE 1286407 AgR-segundo/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/4/2022 (Info 1052).

No informativo 1052 do STF não foram fornecidos mais detalhes e o acórdão ainda não foi publicado. Assim, não se pode ter certeza se houve alguma distinção entre os dois casos. Tão logo haja alguma novidade, você será avisada (o).

ÍNDIOS

O Poder Judiciário pode determinar, ante injustificável inércia estatal, que o Poder Executivo adote medidas necessárias à concretização de direitos constitucionais dos indígenas

ODS 10 E 16

Caso concreto: MPF ajuizou ACP contra a União e a FUNAI para que concluíssem o Processo Administrativo instaurado pelo Grupo Indígena Fulkaxó, no prazo de 4 meses, a contar da intimação da sentença, bem como para destinar área à posse e ocupação dessa tribo, no prazo de 1 ano, ante a impossibilidade de convivência pacífica com os índios da etnia Kariri-Xocó (de quem os primeiros se originam), nas terras originariamente demarcadas pela administração pública.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.623.873-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

A situação concreta, com adaptações e simplificações, foi a seguinte:

O Grupo Indígena Fulkaxó vivia com os índios da etnia Kariri-Xocó no mesmo espaço territorial.

Ocorre que, depois de algum tempo, passou a ser inviável a convivência pacífica desses dois grupos em razão de divergências na distribuição dos lotes e na partilha de recursos, além de outras desavenças relacionadas às decisões políticas, costumes e tradições dos povos indígenas.

O Grupo Indígena Fulkaxó aceitou se mudar para outra área, em um imóvel rural específico.

A FUNAI iniciou processo administrativo para periciar esse imóvel e adquiri-lo para servir como terra indígena. Ocorre que já havia se passado um longo período sem que o processo administrativo fosse concluído e sem que as terras fossem adquiridas para abrigar o grupo indígena.

Diante desse cenário, com relato simplificado, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública em face da União e da FUNAI pedindo para que o processo administrativo fosse concluído e que fosse adquirida a terra para alocar o grupo indígena e assim garantir a sua sobrevivência física e cultural.

Contestação da União

A União apresentou contestação.

Preliminarmente, afirmou que o MPF não tinha interesse processual, pois não existia qualquer prova que demonstrasse omissão ou resistência da União em resolver a questão.

Alegou ser parte ilegítima na demanda, já que apenas a FUNAI deveria ser ré, pois é a responsável por ações de indígenas.

No mérito, argumentou que o processo administrativo não estava paralisado e que já havia sido realizada a demarcação, porém os índios ainda não estavam na posse da área. Sustentou que o procedimento de aquisição de terras com destinação indígena só se justificaria se houvesse comprovação da existência de fatos de extraordinária gravidade e, ainda, que a Administração Pública, valendo-se do poder discricionário, pode apontar metas e prioridades para a efetivação dos procedimentos demarcatórios, não cabendo ao Judiciário a apreciação do mérito administrativo.

Contestação da FUNAI

Em contestação, a FUNAI alegou, dentre inúmeros outros argumentos, que a aquisição de nova terra somente poderia ocorrer se houvesse fatos de extraordinária gravidade, além de não caber ao Poder Judiciário adentrar na apreciação do mérito administrativo, principalmente porque não há prazo fatal para que o Poder Público conclua processos administrativos.

Sentença e acórdão do TRF

Na sentença, o juiz não acolheu as preliminares de ilegitimidade passiva da União e de ausência de interesse processual do MPF.

Entendeu que compete à União efetuar a demarcação do território indígena, nos termos do art. 231 da CF/88.

Concluiu, ainda que não havia necessidade de exaurimento da via administrativa para que fosse caracterizado o interesse de agir do MPF.

Sobre o mérito, o juiz entendeu ser necessário que a União adquirisse e demarcasse terras para alocar as famílias da tribo Fulkaxó, a fim de lhes propiciar melhores condições de moradia, trabalho e preservação de sua cultura, estabelecendo os recursos mínimos para o desenvolvimento da etnia.

Por fim, entendeu que a não conclusão do processo administrativo durante o período de mais de 6 anos fere o princípio da razoável duração do processo.

Assim, julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública, para determinar que:

- a) a FUNAI concluisse o procedimento administrativo dentro de 4 meses, contados da ciência da sentença; e que
- b) a União, em conjunto com a FUNAI, no prazo de até 12 meses contados a partir do trânsito em julgado, adquirisse e demarcasse terras para alocar, em área que viabilizasse a sobrevivência física e cultural da tribo Fulkaxó, com fulcro nos art. 231, CF/88 e art. 26, Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

O TRF confirmou a sentença.

O STJ manteve a sentença e o acórdão do TRF?

SIM.

As instâncias ordinárias e o STJ concluíram que era necessária a disponibilização ou aquisição imediata de terras para os Fulkaxó, ante a existência de conflito irreversível com indígenas da etnia Kariri-Xocó, que habitam o mesmo território indígena, especialmente porque existem relatos de discriminação e ameaças de morte.

Vale ressaltar que, no caso concreto, não estão sendo discutidos direitos sobre terras indígenas tradicionais, aquelas cuja posse os índios exercem de forma imemorial, com base nas regras do art. 231 da Constituição Federal.

Segundo a legislação de regência, as reservas indígenas poderão:

- ser instituídas em propriedade da União; ou
- ser adquiridas mediante compra, doação de terceiros ou desapropriação, na eventualidade de não se verificar a tradicionalidade da ocupação indígena ou se constatar a insuficiência de terra demarcada.

É possível, ainda, a intervenção do ente federal em terra indígena para a resolução de casos excepcionais, como os de conflito interno irreversível entre grupos tribais, conforme disciplina o art. 20, § 1º, “a”, da Lei nº 6.001/73:

Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
(...)

O STJ afastou o argumento de que a determinação do Poder Judiciário representaria ingerência indevida do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas, especialmente porque no caso ficou reconhecida a omissão estatal na adoção de providências específicas previstas na legislação (arts. 26 e 27 da Lei nº 6.001/73), providências que eram indispensáveis para a concretização de direitos constitucionais dos indígenas (art. 231 da CF/88).

Segundo a jurisprudência do STJ, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal e não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente público, o Poder Judiciário pode determinar que o Poder Executivo adote medidas necessárias ao cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, nos termos previstos no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Embora se reconheça a complexidade do procedimento de criação de reservas indígenas, o prazo estabelecido para a União e a Funai - até 12 (doze) meses após o trânsito em julgado da sentença condenatória - justifica-se pela urgência da solução dos conflitos, sendo o tempo suficiente para que a administração pública faça o planejamento financeiro e orçamentário dos gastos com a regularização fundiária.

Em suma:

O Poder Judiciário pode determinar, ante injustificável inércia estatal, que o Poder Executivo adote medidas necessárias à concretização de direitos constitucionais dos indígenas.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.623.873-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

DIREITO AMBIENTAL

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

A indenização de dano ambiental deve abranger a totalidade dos danos causados, não sendo possível ser decotadas em seu cálculo despesas referentes à atividade empresarial (impostos e outras)

ODS 3, 7 E 16

Caso concreto: ACP ajuizada pela União objetivando condenação dos réus na obrigação de restauração de área degradada e ao pagamento de valor total do lucro obtido com a extração ilegal de areia e argila. O TRF fixou a indenização no montante de 50% do faturamento total da empresa proveniente da extração irregular do minério, por ter descontado as despesas referentes à atividade empresarial (impostos e outras).

O STJ não concordou com o TRF. A indenização deve abranger a totalidade dos danos causados ao ente federal, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade de empresa infratora, que praticou conduta grave com a extração mineral irregular.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.923.855-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A União ajuizou ação civil pública contra uma empresa alegando que ela realizou lavra ilegal. Segundo restou apurado, a empresa extraiu 50 toneladas de argila, sem autorização, causando danos ambientais.

Essa quantidade de argila teria valor estimado de R\$ 1 milhão.

Segundo a União, a atividade minerária é potencialmente poluidora e o fato de a extração ter sido realizada sem autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) reforça a presunção de existência de danos. Por isso, requereu que a ré fosse condenada a:

- a) restaurar os danos ambientais causados;
- b) restituir à União a quantia de R\$ 1 milhão (valor comercial de 50t de argila).

A empresa contestou alegando, dentre outros argumentos, que o valor cobrado estaria equivocado. Isso porque deveria ser descontado todos os custos operacionais, administrativos, custo de capital investido, depreciação dos equipamentos e impostos, inclusive o Imposto de Renda sobre lucro líquido.

O argumento da empresa foi acolhido pelo STJ?

NÃO.

A indenização deve abranger a totalidade dos danos causados ao ente federal, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade de empresa infratora, que praticou conduta grave com a extração mineral irregular, fato incontroverso nos autos.

Se fosse acolhido o argumento, isso significaria que a Administração Pública (União) estaria obrigada a indenizar a empresa pelos custos que ela teve com o cometimento da infração ambiental dolosamente praticada. Essa linha de raciocínio é descabida, não sendo aceita pela jurisprudência do STJ.

Em suma:

A indenização de dano ambiental deve abranger a totalidade dos danos causados, não sendo possível ser decotadas em seu cálculo despesas referentes à atividade empresarial (impostos e outras).

STJ. 2ª Turma. REsp 1.923.855-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

CÓDIGO FLORESTAL

É possível a queima da palha de cana-de-açúcar em atividades agroindustriais, se houver autorização do órgão ambiental?

ODS 16

Sob a vigência da Lei nº 4.771/65 (antigo Código Florestal), é lícita a queima da palha de cana-de-açúcar em atividades agroindustriais, desde que devidamente autorizada pelo órgão ambiental competente e com a observância da responsabilidade civil por eventuais danos de qualquer natureza causados ao meio ambiente ou a terceiros.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.443.290-GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2006, o Ministério Público estadual ajuizou ação civil pública contra uma empresa alegando que a ré estaria causando danos ao meio ambiente por fazer a queima da palha da cana-de-açúcar em atividades agroindustriais. Segundo o Promotor de Justiça, essa queima libera resíduos sólidos que são nocivos aos seres vivos.

Vale ressaltar que, na época (2006), vigorava ainda o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65).

- antigo Código Florestal: Lei nº 4.771/65;
- novo Código Florestal: Lei nº 12.651/2012.

A ré apresentou contestação alegando, em suma, que a queima controlada da cana-de-açúcar era admitida pelo antigo Código Florestal e que foi regulamentada pelo Decreto nº 2.661/98, que previa a proibição total da queima apenas no ano de 2018.

Desse modo, o argumento da empresa foi o de que:

- ela tinha autorização do órgão ambiental competente para realizar a queima;
- essa queima era admitida pela legislação vigente.

As alegações da empresa foram acolhidas pelo STJ?

SIM. O STJ entende que, sob a vigência da Lei nº 4.771/65 (antigo Código Florestal), a Administração Pública podia autorizar a queima das palhas da cana-de-açúcar em atividades agrícolas industriais, desde que se atentasse para determinados requisitos com o objetivo de amenizar e recuperar os danos ao meio ambiente.

O art. 27 da Lei nº 4.771/65, já revogado, mas que se aplica ao caso em razão do princípio *tempus regit actum*, dispunha que:

Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação.

Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

O parágrafo único do art. 27 foi regulamentado pelo Decreto nº 2.661/98, que estabeleceu normas de precaução relativas ao emprego de fogo em práticas agropastoris e florestais, mediante autorização de “Queima Controlada”, conforme se observa inicialmente da redação do art. 2º, contido no Capítulo II, que trata da Permissão do Emprego do Fogo.

O art. 16 do Decreto nº 2.661/98, por sua vez, tratou especificamente da redução gradativa do emprego do fogo, como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar.

O STJ, analisando esse arcabouço normativo, decidiu que:

A palha da cana-de-açúcar está sujeita ao regime do art. 27 e seu parágrafo do Código Florestal, razão pela qual sua queimada somente é admitida mediante prévia autorização dos órgãos ambientais competentes, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo e do disposto no Decreto 2.661/98, sem prejuízo de outras exigências constitucionais e legais inerentes à tutela ambiental, bem como da responsabilidade civil por eventuais danos de qualquer natureza causados ao meio ambiente e a terceiros.

STJ. 1ª Seção. EREsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 13/10/2010.

Em suma:

Sob a vigência da Lei nº 4.771/65 (antigo Código Florestal), é lícita a queima da palha de cana-de-açúcar em atividades agroindustriais, desde que devidamente autorizada pelo órgão ambiental competente e com a observância da responsabilidade civil por eventuais danos de qualquer natureza causados ao meio ambiente ou a terceiros.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.443.290-GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

Como a questão é tratada no atual Código Florestal?

O tema é disciplinado, de forma mais restritiva, nos arts. 38 a 40 da Lei nº 12.651/2012:

CAPÍTULO IX

DA PROIBIÇÃO DO USO DE FOGO E DO CONTROLE DOS INCÊNDIOS

Art. 38. É proibido o uso de fogo na vegetação, exceto nas seguintes situações:

I - em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do Sisnama, para

cada imóvel rural ou de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle;

II - emprego da queima controlada em Unidades de Conservação, em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da Unidade de Conservação, visando ao manejo conservacionista da vegetação nativa, cujas características ecológicas estejam associadas evolutivamente à ocorrência do fogo;

III - atividades de pesquisa científica vinculada a projeto de pesquisa devidamente aprovado pelos órgãos competentes e realizada por instituição de pesquisa reconhecida, mediante prévia aprovação do órgão ambiental competente do Sisnama.

§ 1º Na situação prevista no inciso I, o órgão estadual ambiental competente do Sisnama exigirá que os estudos demandados para o licenciamento da atividade rural contenham planejamento específico sobre o emprego do fogo e o controle dos incêndios.

§ 2º Excetuam-se da proibição constante no caput as práticas de prevenção e combate aos incêndios e as de agricultura de subsistência exercidas pelas populações tradicionais e indígenas.

§ 3º Na apuração da responsabilidade pelo uso irregular do fogo em terras públicas ou particulares, a autoridade competente para fiscalização e autuação deverá comprovar o nexo de causalidade entre a ação do proprietário ou qualquer preposto e o dano efetivamente causado.

§ 4º É necessário o estabelecimento de nexo causal na verificação das responsabilidades por infração pelo uso irregular do fogo em terras públicas ou particulares.

Art. 39. Os órgãos ambientais do Sisnama, bem como todo e qualquer órgão público ou privado responsável pela gestão de áreas com vegetação nativa ou plantios florestais, deverão elaborar, atualizar e implantar planos de contingência para o combate aos incêndios florestais.

Art. 40. O Governo Federal deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, que promova a articulação institucional com vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas.

§ 1º A Política mencionada neste artigo deverá prever instrumentos para a análise dos impactos das queimadas sobre mudanças climáticas e mudanças no uso da terra, conservação dos ecossistemas, saúde pública e fauna, para subsidiar planos estratégicos de prevenção de incêndios florestais.

§ 2º A Política mencionada neste artigo deverá observar cenários de mudanças climáticas e potenciais aumentos de risco de ocorrência de incêndios florestais.

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL

Terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos

ODS 16

Os contratos são protegidos por deveres de confiança, os quais se estendem a terceiros em razão da cláusula de boa-fé objetiva.

Diante do reconhecimento e da ampliação de novas áreas de proteção à pessoa humana, resultantes da nova realidade social e da ascensão de novos interesses, surgem também novas hipóteses de violações de direitos, o que impõe sua salvaguarda pelo ordenamento jurídico.

Assim, viu-se a necessidade de analisar o comportamento daquele terceiro que interfere ou induz o inadimplemento de um contrato sob o prisma de uma proteção extracontratual, do capitalismo ético, da função social do contrato e da proteção das estruturas de interesse da sociedade, tais como a honestidade e a tutela da confiança.

De acordo com a Teoria do Terceiro Cúmplice, terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta.

A responsabilização de um terceiro, alheio à relação contratual, decorre da sua não funcionalização sob a perspectiva social da autonomia contratual, incorporando como razão prática a confiança e o desenvolvimento social na conduta daqueles que exercem sua liberdade.

Uma das hipóteses em que a conduta condenável do terceiro pode gerar sua responsabilização é a indução interferente ilícita, na qual o terceiro imiscui-se na relação contratual mediante informações ou conselhos com o intuito de estimular uma das partes a não cumprir seus deveres contratuais.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.895.272/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/4/2022 (Info 734).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro, atleta profissional, praticou atitudes que, em tese, causaram prejuízos a uma associação civil.

Em razão disso, essa associação iniciou um processo criminal contra Pedro.

Até aí, tudo normal.

O problema foi que essa associação enviou uma carta para a empresa que patrocinava Pedro fazendo uma série de afirmações depreciativas contra o atleta.

Na carta enviada, a associação disse que estava movendo um processo criminal contra Pedro, que o patrocínio somente pode ser ético e bem-sucedido quando celebrado com pessoas exemplares, e que o atleta em questão não se encaixa nessa descrição, por ter agido de forma eticamente errada e pouco exemplar.

Ao tomar conhecimento disso, Pedro ingressou com ação contra essa associação civil pedindo:

- a) que a ré se abstenha de enviar cartas, notificações, documentos ou comunicações a pessoas e empresas com as quais o autor mantenha relação comercial fazendo afirmações como as realizadas;
- b) que a requerida seja condenada a pagar indenização por danos morais em razão da carta enviada à empresa patrocinadora do autor.

O juiz julgou os pedidos procedentes e condenou a ré a pagar R\$ 50 mil em favor do autor.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença.

A questão chegou até o STJ. A sentença e o acórdão foram mantidos?

SIM.

Os contratos são protegidos por deveres de confiança, os quais se estendem a terceiros em razão da cláusula de boa-fé objetiva.

Diante do reconhecimento e da ampliação de novas áreas de proteção à pessoa humana, resultantes da nova realidade social e da ascensão de novos interesses, surgem também novas hipóteses de violações de direitos, o que impõe sua salvaguarda pelo ordenamento jurídico.

Assim, viu-se a necessidade de analisar o comportamento daquele terceiro que interfere ou induz o inadimplemento de um contrato sob o prisma de uma proteção extracontratual, do capitalismo ético, da função social do contrato e da proteção das estruturas de interesse da sociedade, tais como a honestidade e a tutela da confiança.

De acordo com a Teoria do Terceiro Cúmplice, terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na

relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta.

A responsabilização de um terceiro, alheio à relação contratual, decorre da sua não funcionalização sob a perspectiva social da autonomia contratual, incorporando como razão prática a confiança e o desenvolvimento social na conduta daqueles que exercem sua liberdade.

Uma das hipóteses em que a conduta condenável do terceiro pode gerar sua responsabilização é a indução interferente ilícita, na qual o terceiro imiscui-se na relação contratual mediante informações ou conselhos com o intuito de estimular uma das partes a não cumprir seus deveres contratuais.

Destaca-se que a simples emissão de opinião não configura ato ilícito, pois a todos é lícito exprimir sua convicção sobre eventuais riscos ou desvios, o que, contudo, não pode ser exercido de forma maliciosa, exagerada ou proferida em contrariedade à boa-fé objetiva.

Em face dessas premissas, constata-se que o caso concreto configura uma hipótese em que o terceiro ofensor causou lesão a um interesse existencial do atleta.

Ao enviar correspondência à patrocinadora do jogador, fez-se expressa menção a uma denúncia criminal oferecida contra o atleta, mas sem se limitar à mera reprodução dos fatos narrados na acusação criminal, tendo emitido juízo de valor sobre as circunstâncias e adjetivado a conduta do atleta como mentirosa, fraudulenta e desonesta.

A conduta não pode ser caracterizada como exercício de sua liberdade de expressão, porquanto este direito constitucional compreende a autonomia de receber e transmitir informações ou ideias sem uma validação ou censura prévias por terceiros, mas encontra limites nos demais direitos fundamentais individuais.

Vale ressaltar que o vínculo contratual entre o atleta e a patrocinadora não se rompeu mesmo após o envio da carta. Isso, contudo, não afasta a condenação por danos morais. Na verdade, se a empresa tivesse deixado de patrocinar o jogador, ele poderia também pleitear indenização por danos materiais.

Em suma:

Terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.895.272/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/4/2022 (Info 734).

DANO MORAL

É imprescindível perícia técnica para quantificar dano moral, ante divulgação não autorizada de obra, reconhecido em título executivo em que se determina que seja considerada a repercussão econômica do ilícito

ODS 16

Caso concreto: ação de indenização por danos materiais e morais proposta por Benedito Ruy Barbosa, autor do texto da telenovela “Pantanal”, contra o SBT, em razão de a emissora ter reexibido a novela sem sua prévia e expressa autorização e com cortes de cenas.

Considerando que escapa das regras normais da experiência um conhecimento adequado acerca dos lucros obtidos com a divulgação indevida de novela, tem-se como imprescindível a realização da perícia para que, levando em conta a observação relativa aos lucros percebidos, seja fixado percentual sobre tal verba que sirva de efetiva recomposição dos danos morais do autor.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.983.290-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Em 1989, Benedito Ruy Barbosa firmou um contrato com a extinta Rede Manchete de Televisão para escrever a novela Pantanal. Celebrou também contrato de cessão de direitos autorais com prazo de 10 anos, a partir de 1990. A novela foi exibida ainda no ano de 1990.

O SBT comprou as fitas originais da novela do leilão da extinta TV Manchete.

Em 2008, o SBT reexibiu a novela.

Benedito Ruy Barbosa ajuizou ação contra o SBT pedindo indenização por danos morais e materiais sob o argumento de que não autorizou a reexibição.

O juiz julgou os pedidos procedentes para condenar a emissora ao pagamento de danos morais e materiais.

Após sucessivos recursos, a sentença transitou em julgado.

O autor iniciou o cumprimento de sentença e o juiz determinou que fosse feita perícia para apurar o valor da indenização.

O SBT recorreu alegando que a perícia técnica não seria necessária e que o valor da indenização deveria ser fixado mediante análise eminentemente subjetiva do magistrado, o qual teria liberdade para eleger os critérios a serem utilizados no caso.

O STJ concordou com os argumentos do SBT?

NÃO.

A emissora foi condenada a pagar indenização por danos morais. Na decisão, ficou consignado que a quantificação dos danos morais se faria mediante arbitramento. Ficou definido que, embora a quantificação do dano estivesse a cargo do juiz, deveria ser observado o volume econômico da atividade em que a obra foi inserida.

O conhecimento adequado acerca dos lucros obtidos com a divulgação indevida de uma novela é algo que ultrapassa as regras normais da experiência do magistrado. Logo, mostra-se, de fato, imprescindível a realização da perícia para que, levando-se em conta a observação relativa aos lucros percebidos, seja fixado percentual sobre tal verba que sirva de efetiva recomposição dos danos morais do autor.

Em suma:

É imprescindível perícia técnica para quantificar dano moral, ante divulgação não autorizada de obra, reconhecido em título executivo em que se determina que seja considerada a repercussão econômica do ilícito.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.983.290-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Tem direito ao recebimento de aluguéis a parte que, sem vínculo de parentalidade com a cônjuge supérstite, possuía imóvel em copropriedade com o *de cujus*

Assunto já apreciado no Info 680-STJ

ODS 16

Situação hipotética: João faleceu. Regina, a viúva, ficou morando no apartamento a título de suposto direito real de habitação. Esse imóvel pertencia a João e sua filha Letícia, em copropriedade. Letícia não é filha de Regina. Letícia terá direito de receber aluguéis referente à sua fração ideal.

Vale ressaltar que “a copropriedade anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação, visto que de titularidade comum a terceiros estranhos à relação sucessória que ampararia o pretendido direito” (STJ. 2ª Seção. EREsp 1.520.294/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 02/09/2020. Info 680).

Em verdade, o direito de habitação só existe sobre bem que pertence, em sua integralidade, ao de cujus. A existência de coproprietários impede o uso pelo sobrevivente.

No caso, além da preexistente copropriedade, a parte, filha do primeiro casamento do de cujus, não guarda nenhum tipo de solidariedade familiar em relação à cônjuge supérstite, não havendo se falar em qualquer vínculo de parentalidade ou até mesmo de afinidade.

Nessa linha de inteligência, portanto, não lhe cabe suportar qualquer limitação ao seu direito de propriedade, que é, justamente, a essência do direito real de habitação.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.830.080-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Direito real de habitação

O Código Civil prevê o direito real de habitação em seu art. 1.831:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Ex: Francisco era casado com Maria. Ele faleceu, deixando quatro filhos e, como herança, um único apartamento, que estava em seu nome e onde morava com a esposa. Nesse caso, Maria terá direito real de habitação sobre esse imóvel.

O que significa isso?

A pessoa que tem direito real de habitação poderá residir no imóvel. Logo, mesmo havendo quatro filhos como herdeiros, Maria é quem terá direito de ficar residindo no apartamento.

O direito real de habitação tem por objetivo garantir o direito fundamental à moradia (art. 6º, caput, da CF/88) e o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Feito esse esclarecimento, imagine a seguinte situação hipotética:

João e sua filha Letícia compraram um apartamento, 50% para cada.

Algum tempo depois, João casou-se com Regina e ficou morando no referido apartamento com a esposa. Passados alguns anos, João faleceu.

Regina, a viúva, permaneceu morando no apartamento alegando que teria direito real de habitação, nos termos do art. 1.831 do CC.

Vale relembrar que esse imóvel pertencia a João e sua filha Letícia, em copropriedade. Importante também recordar que Letícia não é filha de Regina.

Regina tinha realmente direito real de habitação?

NÃO. O STJ entende que “a copropriedade anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação, visto que de titularidade comum a terceiros estranhos à relação sucessória que ampararia o pretendido direito” (STJ. 2ª Seção. EREsp 1.520.294/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 02/09/2020. Info 680).

O direito de habitação só existe sobre bem que pertence, em sua integralidade, ao de cujus. A existência de coproprietários impede o uso pela(o) viúva(o) sobrevivente.

Nesse sentido é a Tese 10 do Jurisprudência em Teses (Ed. 50):

Tese 10) Não subsiste o direito real de habitação se houver copropriedade sobre o imóvel antes da abertura da sucessão ou se, àquele tempo, o falecido era mero usufrutuário do bem.

Vale ressaltar que 50% da casa já era de Letícia mesmo antes do falecimento do seu pai. Esses 50% não lhe foram dados por herança. Logo, essa parte não pode sofrer qualquer limitação porque não tem relação alguma com a herança. Dessa forma, não se pode aplicar o direito real de habitação porque senão iríamos limitar parte do patrimônio de Letícia que já existia antes da herança.

O direito real de habitação é uma limitação válida do patrimônio do indivíduo quando ele recebe o bem em decorrência da herança. Assim, se Letícia não fosse dona do bem antes da morte de seu pai e tivesse recebido 50% do imóvel por força da herança, ela teria que suportar o ônus do direito real de habitação.

Ocorre que esses 50% que ela possui não têm relação com a herança. Logo, ela é considerada “terceiro” nesse ponto.

No caso, além da preexistente copropriedade (o direito da parte sobre fração ideal do imóvel não foi adquirido em decorrência do falecimento do pai), a parte, filha do primeiro casamento do de cujus, não guarda nenhum tipo de solidariedade familiar em relação à cônjuge supérstite, não havendo se falar em qualquer vínculo de parentalidade ou até mesmo de afinidade.

Nessa linha de inteligência, portanto, não lhe cabe suportar qualquer limitação ao seu direito de propriedade, que é, justamente, a essência do direito real de habitação.

Diante disso, Regina terá que pagar aluguéis para Letícia do tempo em que ficar morando no imóvel.

Em suma:

Tem direito ao recebimento de aluguéis a parte que, sem vínculo de parentalidade com a cônjuge supérstite, possuía imóvel em copropriedade com o de cujus.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.830.080-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

DIREITO EMPRESARIAL

PROPRIEDADE INTELECTUAL

O marco inicial e o prazo de vigência previstos no parágrafo único do art. 40 da LPI não são aplicáveis às patentes depositadas na forma estipulada pelo art. 229, parágrafo único, dessa mesma lei (patentes mailbox)

Tema já apreciado no Info 660-STJ

ODS 16

O sistema denominado mailbox consistiu em mecanismo transitório adotado para salvaguarda de pedidos de patentes relacionadas a produtos farmacêuticos e produtos agroquímicos, cuja tutela jurídica resultou da internalização no País, em 1/1/1995, do Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

Tratando-se de patentes excepcionalmente requeridas pelo sistema mailbox, a Lei de Propriedade Industrial, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu regra expressa assegurando proteção, a partir da data da respectiva concessão, limitada ao prazo remanescente previsto no caput do seu art. 40 (20 anos contados do dia do depósito). Assim, o legislador afasta a possibilidade de incidência do prazo excepcional do parágrafo único do art. 40 (10 anos a partir da concessão).

Tese fixada: O marco inicial e o prazo de vigência previstos no parágrafo único do art. 40 da LPI não são aplicáveis às patentes depositadas na forma estipulada pelo art. 229, parágrafo único, dessa mesma lei (patentes mailbox).

Obs: o STF decidiu que o parágrafo único do art. 40 da LPI é inconstitucional: ADI 5529/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12/5/2021 (Info 1017).

STJ. 2ª Seção. REsp 1.869.959-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. Ac. Min. Nancy Andrighi, julgado em 27/04/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1065) (Info 734).

Os produtos ou processos relacionados com as áreas AGROQUÍMICA e FARMACÊUTICA são patenteáveis no Brasil? Ex: os medicamentos podem ser patenteados no Brasil?

• Antes do Decreto nº 1.355/94: não eram. O art. 9º do antigo Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71) proibia expressamente a patente nesses casos.

- Depois do Decreto nº 1.355/94: passaram a ser patenteáveis.

E sobre o que trata esse Decreto nº 1.355/94?

O Decreto nº 1.355/94 incorporou no Brasil o Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

Acordo TRIPS

Em inglês: “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”.

Em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. É um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados por diversos países, em 1994, que encerrou a “Rodada Uruguai” e criou a Organização Mundial do Comércio (OMC).

O Acordo TRIP estabeleceu, em seu artigo 27.1, a proibição de se discriminarem áreas tecnológicas para fins de patente. Isso obrigou os Estados-membros a considerar patenteável qualquer invenção, de produto ou processo, em todos os setores tecnológicos, sem restrições.

Brasil precisou se adaptar ao artigo 27.1 do Acordo TRIPS

Em razão desse compromisso assumido no plano internacional, o Brasil precisou adaptar sua legislação para permitir a patente de produtos ou processos nas áreas agroquímica e farmacêutica. Isso porque, como já mencionado, a Lei brasileira proibia essa patente.

A providência correta para fazer essa adaptação seria a mudança na Lei. Ocorre que isso levou um tempo. Tanto que o novo diploma legal que adaptou o regime de patentes os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil só foi aprovado em 1996 (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996).

Assim, enquanto não era aprovado o novo diploma legal (que viria a ser a Lei nº 9.279/96), decidiu-se implementar um mecanismo temporário que permitiu que os pedidos de patente para invenções antes não protegidas fossem ao menos depositados junto ao INPI, para garantir aos requerentes todos os efeitos daí decorrentes.

Patentes mailbox

O artigo 70.8 do TRIPS previu que, enquanto a legislação não fosse alterada, mesmo assim o Estado já deveria começar o depósito dos pedidos de patente e estes ficariam “aguardando” a aprovação da nova lei.

Assim, de 1/1/1995 até 14/5/1997 (data da entrada em vigor da Lei nº 9.279/96), o INPI aceitou que as indústrias das áreas agroquímica e farmacêutica apresentassem os pedidos de patente. No entanto, esses pedidos ficaram na “caixa de correio” (mailbox) do INPI até que a regulamentação ficasse pronta.

Conforme explica a Min. Nancy Andrighi:

“Tal sistema de transição objetivou não prejudicar os depositantes, que teriam, com o depósito, a delimitação de um marco temporal para avaliação do estado da técnica, conquanto o processamento do pedido não fosse ainda possível em razão da ausência de base legal para tanto. Esses requerimentos, em razão da natureza do sistema implementado, ficaram na ‘caixa de correio’ (mailbox) do INPI, aguardando a entrada em vigor da nova legislação, para, então, serem processados e examinados.”

Prazo de vigência das patentes submetidas ao sistema mailbox

O privilégio garantido pelas patentes de invenção perdura pelo prazo de 20 anos contados da data do respectivo depósito. Isso está previsto no caput do art. 40 da Lei nº 9.279/96 (LPI):

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Segundo o parágrafo único* do art. 40, esse tempo que a patente vigora não pode, em regra, ser inferior a 10 anos da respectiva concessão:

Art. 40 (...)

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.*

Tratando-se, contudo, de patentes excepcionalmente depositadas pelo sistema *mailbox*, a LPI, em suas disposições finais e transitórias (art. 229, parágrafo único), estabeleceu regra expressa assegurando proteção limitada unicamente ao lapso de 20 anos contados do dia do depósito (conforme estipulado pelo caput do art. 40):

Art. 229 (...)

Parágrafo único. Aos pedidos relativos a produtos farmacêuticos e produtos químicos para a agricultura, que tenham sido depositados entre 1o de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aplicam-se os critérios de patenteabilidade desta Lei, na data efetiva do depósito do pedido no Brasil ou da prioridade, se houver, assegurando-se a proteção a partir da data da concessão da patente, pelo prazo remanescente a contar do dia do depósito no Brasil, limitado ao prazo previsto no caput do art. 40. (Incluído pela Lei nº 10.196/2001)

Desse modo, por força do art. 229, parágrafo único, da LPI:

O prazo de vigência das patentes concedidas pelo sistema *mailbox* é de 20 anos contados da data do depósito.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.840.910-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/11/2019 (Info 660).

Em outras palavras, o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/96 não se aplica para as patentes concedidas pelo sistema *mailbox*.

Se o parágrafo único do art. 40 fosse aplicado ao sistema *mailbox*, haveria uma ampliação indevida do tempo de patente de medicamentos, o que atrasaria a entrada no mercado dos medicamentos “genéricos”, prejudicando a população.

A extensão indevida do prazo de vigência das patentes, adiando a entrada em domínio público das invenções, gera efeitos extremamente nocivos quando se trata de medicamentos, pois retardam o acesso ao mercado de genéricos, causando, como consequência, o prolongamento dos altos preços (prática estimulada pela ausência de concorrência).

Tal situação contribui para a oneração das políticas públicas de saúde e dificulta o maior acesso da população a tratamentos imprescindíveis.

O medicamento sem patente, quando entra no mercado, pratica um preço, em média, 66% menor que o original (ALMEIDA, Renata Monteiro de; VASCONCELLOS, Alexandre Guimarães. Implicações da Indefinição do Prazo de Vigência das Patentes “Mailbox” para a Saúde no Brasil: Um Estudo de Caso de uma patente de Combinação de Fármacos para o Tratamento de HIV/AIDS. Cadernos de Prospecção. Salvador, v. 9, n. 4, p.376-385, out./dez.2016).

Em suma:

O marco inicial e o prazo de vigência previstos no parágrafo único do art. 40 da LPI não são aplicáveis às patentes depositadas na forma estipulada pelo art. 229, parágrafo único, dessa mesma lei (patentes *mailbox*).

STJ. 2ª Seção. REsp 1.869.959-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. Acd. Min. Nancy Andrighi, julgado em 27/04/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1065) (Info 734).

*** IMPORTANTE. O parágrafo único do art. 40 foi declarado inconstitucional pelo STF**

O julgado acima do STJ foi proferido em sede de recurso repetitivo. Antes do julgamento como repetitivo, é necessário que o tema seja “afetado” pelo STJ para essa decisão. Em outras palavras, o STJ decide que determinado tema será julgado segundo essa sistemática e, a partir daí, algumas providências devem ser adotadas antes do julgamento em si.

O STJ decidiu, em 22/09/2020, que a aplicação, ou não, do parágrafo único do art. 40 às patentes mailbox seria julgada segundo a sistemática do recurso repetitivo (Tema 1065). A partir daí, começaram os procedimentos para isso.

Ocorre que, em 12/05/2021, o STF decidiu que o parágrafo único do art. 40 é inconstitucional:

É inconstitucional o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/96.

Essa norma contraria a segurança jurídica, a temporalidade da patente, a função social da propriedade intelectual, a duração razoável do processo, a eficiência da administração pública, a livre concorrência e a defesa do consumidor e o direito à saúde.

STF. Plenário. ADI 5529/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12/5/2021 (Info 1017).

O STJ, contudo, decidiu, mesmo assim, ele teria que julgar o mérito do Tema 1065. Isso porque o STF modulou os efeitos da sua decisão e disse que:

Em regra, a decisão proferida na ADI 5529 teria eficácia *ex nunc*.

Assim, os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI são *ex nunc*, contados a partir da publicação da ata de julgamento. Logo, ficam mantidas as extensões de prazo concedidas com base no art. 40, parágrafo único, mantendo, assim, a validade das patentes já concedidas e ainda vigentes em decorrência do aludido preceito.

Exceções. Existem duas situações nas quais a decisão produzirá efeitos *ex tunc*:

a) em relação às ações judiciais propostas até o dia 7 de abril de 2021, inclusive (data da concessão parcial da medida cautelar no presente processo); e

b) as patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde.

Em ambas as situações, opera-se o efeito *ex tunc*, o que resultará na perda das extensões de prazo concedidas com base no parágrafo único do art. 40 da LPI, respeitado o prazo de vigência da patente estabelecido no caput do art. 40 da Lei nº 9.279/96 e resguardados eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes.

STF. Plenário. ADI 5529/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12/5/2021 (Info 1017).

Diante disso, o STJ reconheceu que não houve perda do objeto e que persistia o interesse jurídico de se analisar se o parágrafo único do art. 40, durante o período em que ele esteve válido, poderia, ou não, ser aplicado para as patentes *mailbox*.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

**A concessão da gratuidade de justiça ao microempreendedor individual - MEI
e ao empresário individual prescinde de comprovação da hipossuficiência financeira**

Importante!!!

ODS 16

O empresário individual e o microempreendedor individual são pessoas físicas que exercem atividade empresária em nome próprio, respondendo com seu patrimônio pessoal pelos riscos do negócio, não sendo possível distinguir entre a personalidade da pessoa natural e da empresa.

O microempreendedor individual e o empresário individual não se caracterizam como pessoas jurídicas de direito privado propriamente ditas. Portanto, para a finalidade precípua da concessão da benesse da gratuidade judiciária a caracterização como pessoa jurídica deve ser relativizada.

Assim, para a concessão do benefício da gratuidade de Justiça aos microempreendedores individuais e empresários individuais, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira, ficando salvaguardada à parte adversa a possibilidade de impugnar o deferimento da benesse, bem como ao magistrado, para formar sua convicção, solicitar a apresentação de documentos que considere necessários, notadamente quando o pleito é realizado quando já no curso do procedimento judicial.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.899.342-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Garantia de assistência jurídica integral e gratuita

A CF/88 prevê a garantia da assistência jurídica integral e gratuita em seu art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Esse dispositivo constitucional consagra, na verdade, duas garantias:

I – Assistência jurídica integral e gratuita	II – Gratuidade da justiça (Assistência Judiciária Gratuita – AJG)
Fornecimento pelo Estado de orientação e defesa jurídica, de forma integral e gratuita, a ser prestada pela Defensoria Pública, em todos os graus, aos necessitados (art. 134 da CF). Regulada pela Lei Complementar 80/94.	Isenção das despesas que forem necessárias para que a pessoa necessitada possa defender seus interesses em um processo judicial. Disciplinada nos arts. 98 a 102 do CPC/2015.

Quem tem direito à gratuidade da justiça?

Tem direito à gratuidade da justiça a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98 do CPC/2015).

Quem está abrangido por ela?

- pessoas físicas (brasileiras ou estrangeiras);
- pessoas jurídicas (brasileiras ou estrangeiras).

O que é necessário para que a pessoa física obtenha o benefício da justiça gratuita?

Em se tratando de pessoa natural, a simples declaração de pobreza tem presunção *juris tantum*, bastando, a princípio, o simples requerimento para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita.

Todavia, o benefício pode ser indeferido quando o magistrado se convencer, com base nos elementos acostados aos autos, de que não se trata de hipótese de miserabilidade jurídica.

É a posição do STJ a partir da interpretação do art. 99, §§ 2º e 3º do CPC:

Art. 99 (...)

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Veja algumas questões de concurso sobre o tema:

- ☒ (Procurador Jurídico Câmara de Nova Benécia/ES 2018 Gualimp) Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural. (correta)

- ☒ (Analista Judiciário TRF2R 2017 Consulplan) A gratuidade de justiça poderá ser concedida à pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, que comprove insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, na forma da lei. (correta)
- ☒ (Defensor Público DPE/AC 2017 Cespe) O benefício da gratuidade da justiça é destinado somente às pessoas naturais. (incorreta)
- ☒ (Promotor de Justiça MPE/PI 2019 Cespe) O benefício da gratuidade de justiça não poderá ser concedido a estrangeiro não residente no Brasil. (incorreta)

O que é necessário para que a pessoa jurídica obtenha o benefício da justiça gratuita?

A concessão do benefício de gratuidade da justiça a pessoa jurídica somente é possível quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, inexistindo, em seu favor, presunção de insuficiência de recursos.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.983.350/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 21/3/2022.

É ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.924.988/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/12/2021.

Pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa também precisam demonstrar essa precariedade de sua situação financeira para terem direito à justiça gratuita?

SIM. É necessário demonstrar.

Súmula 481-STJ: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

As pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando a simples declaração de pobreza.

A prova da hipossuficiência para fins de concessão do benefício da gratuidade da justiça incumbe à pessoa jurídica, sendo irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente.

Não se justifica realizar a distinção entre pessoas jurídicas com ou sem finalidade lucrativa, pois, quanto ao aspecto econômico-financeiro, a diferença primordial entre essas entidades não reside na suficiência ou não de recursos para o custeio das despesas processuais, mas na possibilidade de haver distribuição de lucros aos respectivos sócios ou associados.

Além disso, muitas entidades sem fins lucrativos exploram atividade econômica em regime de concorrência com as sociedades empresárias, não havendo parâmetro razoável para se conferir tratamento desigual entre essas pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica que está em recuperação judicial também precisa comprovar a insuficiência de recursos para ter direito à justiça gratuita?

SIM.

Mesmo se tratando de pessoa jurídica em regime de liquidação extrajudicial ou em recuperação judicial, a concessão da gratuidade de justiça somente é admissível em condições excepcionais, se comprovada a impossibilidade de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.875.896/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 29/11/2021.

Para que o microempreendedor individual (MEI) ou o empresário individual tenha direito à justiça gratuita é necessária a comprovação da hipossuficiência financeira?

NÃO.

A concessão da gratuidade de justiça ao microempreendedor individual - MEI e ao empresário individual prescinde de comprovação da hipossuficiência financeira.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.899.342-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

O empresário individual e o microempreendedor individual são pessoas físicas que exercem atividade empresária em nome próprio, respondendo com seu patrimônio pessoal pelos riscos do negócio, não sendo possível distinguir entre a personalidade da pessoa natural e da empresa.

O microempreendedor individual e o empresário individual não se caracterizam como pessoas jurídicas de direito privado propriamente ditas ante a falta de enquadramento no rol estabelecido no art. 44 do Código Civil, notadamente por não terem eventual ato constitutivo da empresa registrado, consoante prevê o art. 45 do CC, para o qual “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Portanto, para a finalidade precípua da concessão da benesse da gratuidade judiciária a caracterização como pessoa jurídica deve ser relativizada.

Para específicos e determinados fins, pode haver a equiparação de microempreendedores individuais e empresários individuais como pessoa jurídica, ocorrendo mera ficção jurídica para tentar estabelecer uma mínima distinção entre as atividades empresariais exercidas e os atos não empresariais realizados, porém, para o efeito da concessão da gratuidade de justiça, a simples atribuição de CNPJ ou inscrição em órgãos estaduais e municipais não transforma as pessoas físicas/naturais que estão por trás dessas categorias em sociedades, tampouco em pessoas jurídicas propriamente ditas.

Assim, para a concessão do benefício da gratuidade de Justiça aos microempreendedores individuais e empresários individuais, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira, ficando salvaguardada à parte adversa a possibilidade de impugnar o deferimento da benesse, bem como ao magistrado, para formar sua convicção, solicitar a apresentação de documentos que considere necessários, notadamente quando o pleito é realizado quando já no curso do procedimento judicial.

CITAÇÃO

Não é possível considerar válida a citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa

ODS 16

Caso concreto: a citação da pessoa jurídica foi feita por carta dirigida a determinado endereço que não é mais a sede da empresa. Vale ressaltar que o novo endereço foi atualizado na Junta Comercial. Apesar disso, no site da empresa ainda consta o antigo endereço. Será considerada válida essa citação feita no antigo endereço?

Não. A verificação da validade da citação deve levar em consideração a grande importância desse ato, que está relacionado com os direitos e garantias que envolvem o sistema processual. Justamente por isso, o formalismo desse ato de comunicação assume papel fundamental e não pode ser afastado.

A empresa cumpriu a obrigação legal de registro da alteração do contrato social com o novo endereço, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.934/94, garantindo-se a publicidade da modificação e, portanto, o acesso da autora a tal informação.

Não existe norma jurídica prevendo qualquer tipo de presunção de validade de citação encaminhada a endereço desatualizado e, como se trata de ato processual de suma importância para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não é lícita qualquer citação ficta além daquelas expressamente previstas em lei (citação por hora certa e citação por edital).

STJ. 3ª Turma. REsp 1.976.741-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em abril de 2020, João ajuizou ação de cobrança contra a empresa MHAG.

A citação da pessoa jurídica foi enviada por carta (via postal) encaminhada para a Av. das Flores, nº 231, Centro. Esse foi o endereço que o autor conseguiu no site da empresa. Explicando melhor: antes de ajuizar

a ação, o autor entrou na página da empresa na internet e ali consta a Av. das Flores, nº 231, Centro, como sendo o seu endereço.

A empresa não apresentou resposta e o juiz decretou a sua revelia.

O magistrado julgou o pedido procedente e condenou a ré ao pagamento de R\$ 30 mil.

A sentença transitou em julgado.

Iniciou-se o cumprimento de sentença e o juiz determinou a penhora *on line* do valor da condenação.

Foi aí que a empresa compareceu aos autos pugnando pela nulidade da citação ocorrida na fase de conhecimento, bem como de todos os atos processuais subsequentes.

A empresa alegou que, em janeiro de 2020, mudou de endereço, tendo feito o registro dessa alteração na Junta Comercial.

Assim, no momento da citação, não mais tinha sede na Av. das Flores, nº 231, Centro.

Intimada a se manifestar, a autora afirmou que a citação foi válida, porque direcionada a endereço constante de seu website na internet. Ressaltou que a empresa estaria se valendo da própria torpeza ao pleitear a nulidade de uma citação realizada no endereço por ela própria indicada.

A questão chegou até o STJ. A citação foi válida ou nula?

Nula.

A verificação da validade da citação deve levar em conta a importância do ato, especialmente à luz dos direitos e garantias que envolvem o sistema processual.

Em razão da estreita ligação entre a citação e o exercício das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, o formalismo desse ato de comunicação assume papel fundamental e não pode ser afastado.

Diante da dificuldade de o carteiro verificar quem ostenta poderes para representar a pessoa jurídica, a jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que a citação é válida quando a carta for recebida por quem se apresenta como responsável pela empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação.

Não seria possível aplicar, no caso, a teoria da aparência?

NÃO.

Com base na teoria da aparência, considera-se válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.

Não se aplica a referida teoria quando a comunicação for recebida por funcionário da portaria do edifício, pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 476.491/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 19/11/2019.

Com base na jurisprudência do STJ, pode-se dizer que, para a aplicação da teoria da aparência na citação, é necessário o preenchimento de dois requisitos:

1º) entrega do mandado ou da carta de citação no endereço da pessoa jurídica; e

2º) recebimento do mandado ou da carta por funcionário da pessoa jurídica, mesmo que não seja seu representante, não faça qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes de representação.

No caso, não foi preenchido o primeiro requisito, pois a carta de citação foi entregue em endereço no qual a empresa não mais mantinha a sua sede.

Por outro lado, não é possível analisar se o segundo requisito foi preenchido porque não se apurou se o recebedor da carta teria algum vínculo com a empresa ou se era porteiro do edifício comercial onde a empresa outrora manteve a sua sede.

Nesse sentido:

Não se aplica a teoria da aparência no caso concreto em que a comunicação foi encaminhada a endereço desatualizado e no qual há muito não mais funcionava a pessoa jurídica e recebida por quem não mantinha relação com a ré, nem de subordinação nem de representação.

STJ. 3ª Turma. REsp 1449208/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/11/2014.

É ônus do autor informar o endereço correto do réu, a fim de viabilizar a prática correta dos atos de comunicação processual, nos termos do art. 319, II, do CPC/2015:

Art. 319. A petição inicial indicará:

(...)

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

A empresa cumpriu a obrigação legal de registro da alteração do contrato social com o novo endereço, conforme exige o art. 32 da Lei nº 8.934/94, garantindo-se a publicidade da modificação e, portanto, o acesso da autora a tal informação:

Art. 32. O registro compreende:

(...)

II - O arquivamento:

a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;

Ao cuidar do dever de informar endereços para a prática de atos de comunicação processual, a Lei é bastante cautelosa e específica.

Ressalte-se que não existe norma jurídica prevendo qualquer tipo de presunção de validade de citação encaminhada a endereço desatualizado e, como se trata de ato processual de suma importância para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não é lícita qualquer citação ficta além daquelas expressamente previstas em lei (citação por hora certa e citação por edital).

Em suma:

Não é possível considerar válida a citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.976.741-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

RECURSOS (RECURSO ESPECIAL)

É necessária a indicação da alínea do inciso III do art. 105, da Constituição, no momento da interposição do recurso especial, para que este seja conhecido pelo STJ?

Importante!!!

ODS 16

A falta de indicação expressa da norma constitucional que autoriza a interposição do recurso especial (alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do art. 105 da CF/88) implica o seu não conhecimento pela incidência da Súmula 284 do STF, salvo, em caráter excepcional, se as razões recursais conseguem demonstrar, de forma inequívoca, a hipótese de seu cabimento.

Súmula 284-STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1.672.966-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/04/2022 (Info 734).

Recurso especial

Recurso especial (REsp) é um recurso previsto no art. 105, III, da CF/88, julgado pelo STJ, interposto contra decisões proferidas em causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais (TRF's) ou pelos Tribunais dos Estados/DF (TJ's) quando a decisão proferida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Hipóteses

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas em três alíneas do inciso III do art. 105, III, da CF/88:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Se a parte interpõe recurso especial é necessário que ela indique em qual alínea do inciso III do art. 105 da CF/88 a situação se enquadra?

Em regra, sim.

Em regra, é necessária a indicação da alínea do inciso III do art. 105, da Constituição, no momento da interposição do recurso especial, para que este seja conhecido pelo STJ.

Essa orientação jurisprudencial encontra amparo no inciso II do art. 1.029 do CPC/2015, segundo o qual:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

Quando não há a indicação da alínea, o STJ, em regra, não conhece do recurso especial mencionando a Súmula 284 do STF:

Súmula 284-STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Não se conhece do recurso se a parte não indicar a alínea do permissivo constitucional na qual se embasa a irresignação. Aplicação da Súmula 284/STF, por analogia.

STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1560154/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/05/2020.

Exceção:

Ainda que a parte recorrente não indique a alínea do inciso III do art. 105, será possível que o STJ conheça do recurso especial, em caráter excepcional, se as razões recursais conseguirem demonstrar, de forma inequívoca, a hipótese de seu cabimento. Nesse sentido:

A interposição de recurso especial dispensa a indicação de qualquer alínea do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, desde que seja possível identificar de forma inequívoca a intenção de demonstrar a violação de norma federal ou a divergência de entendimento entre tribunais.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.738.992/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 26/4/2021.

Assim, deve ser dispensada a indicação expressa da alínea do permissivo constitucional em que se funda o recurso especial, se as razões recursais conseguem demonstrar, de forma inequívoca, o seu cabimento, segundo os “casos previstos na Constituição Federal,” mitigando o rigor formal, em homenagem aos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade do processo, a fim de dar concretude ao princípio constitucional do devido processo legal em sua dimensão substantiva de razoabilidade e proporcionalidade.

Em suma:

A falta de indicação expressa da norma constitucional que autoriza a interposição do recurso especial (alíneas a, b e c do inciso III do art. 105 da CF/88) implica o seu não conhecimento pela incidência da Súmula 284 do STF, salvo, em caráter excepcional, se as razões recursais conseguem demonstrar, de forma inequívoca, a hipótese de seu cabimento.

STJ. Corte Especial. EAREsp 1.672.966-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/04/2022 (Info 734).

PROCESSO COLETIVO

A liquidação da sentença coletiva, promovida pelo Ministério Público, não tem o condão de interromper o prazo prescricional para o exercício da pretensão individual de liquidação e execução pelas vítimas e seus sucessores

Importante!!!

ODS 16

Não cabe ao Ministério Público promover a liquidação da sentença coletiva para satisfazer, um a um, os interesses individuais disponíveis das vítimas ou seus sucessores, por se tratar de pretensão não amparada no CDC e que foge às atribuições institucionais do Parquet. Logo, o requerimento de liquidação da sentença coletiva, acaso seja feito pelo MP, não é apto a interromper a prescrição para o exercício da respectiva pretensão pelos verdadeiros titulares do direito tutelado.

Em homenagem à segurança jurídica e ao interesse social que envolve a questão, e diante da existência de julgados anteriores desta Corte, nos quais se reconheceu a interrupção da prescrição em hipóteses análogas à destes autos, gerando nos jurisdicionados uma expectativa legítima nesse sentido, faz-se a modulação dos efeitos desta decisão, com base no § 3º do art. 927 do CPC/2015, para decretar a eficácia prospectiva do novo entendimento, atingindo apenas as situações futuras, ou seja, as ações civis públicas cuja sentença seja posterior à publicação deste acórdão.

Convém alertar que a liquidação das futuras sentenças coletivas, exaradas nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e relativas a direitos individuais homogêneos, deverão ser promovidas pelas respectivas vítimas e seus sucessores, independentemente da eventual atuação do Parquet, sob pena de se sujeitarem os beneficiados à decretação da prescrição.

STJ. Corte Especial. REsp 1.758.708-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/04/2022 (Info 734).

Imagine a seguinte situação hipotética:

O Ministério Público do Estado ingressou com ação civil pública contra uma faculdade particular.

O Promotor de Justiça alegou, na petição inicial, que a instituição estava incidindo em três práticas abusivas:

- 1) não fornecia cópia dos contratos assinados pelos alunos no ato da matrícula;
- 2) cobrava o valor integral da mensalidade do curso para alunos que cursavam apenas algumas disciplinas;
- 3) ficava com todo o valor da matrícula se o aluno desistisse de cursar mesmo que essa desistência ocorresse antes do início das aulas (para o MP, a faculdade só poderia reter um percentual do valor, não a sua integralidade).

O juiz julgou procedentes os pedidos para:

- a) reconhecer a abusividade e a ilegalidade das condutas supracitadas, declarado nulas as cláusulas contratuais correlatas.
- b) condenar a faculdade a devolver todos os valores pagos indevidamente pelos alunos que houverem contratado com a instituição, o que deveria ser apurado em liquidação da sentença.

A sentença transitou em julgado em 12/08/2009.

Em março de 2010, o Ministério Público ingressou com pedido de liquidação de sentença.

O juiz não conheceu do pedido por entender que o MP seria parte ilegítima. Segundo argumentou o magistrado, a legitimidade seria exclusiva dos credores individuais beneficiados no título executivo judicial.

Em fevereiro de 2015, Aline, uma ex-aluna da faculdade, ingressou com pedido de liquidação individual de sentença.

Citada, a instituição arguiu a prescrição. Afirmou que já se passaram mais de cinco anos do trânsito em julgado. Assim, sustentou que pretensão estaria prescrita desde agosto de 2014.

A consumidor contra argumentou afirmando que, em março de 2010, o MP ingressou com pedido de liquidação da sentença. Isso teria interrompido o prazo prescricional.

Como primeira pergunta, é indispensável indagar: o Ministério Público tinha legitimidade para ingressar com pedido de liquidação da sentença?

NÃO.

Essa ACP tutelava direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC).

Os direitos são individuais homogêneos porque:

- a) são divisíveis (cada adquirente faz jus a uma repetição individualizada, conforme o montante de parcelas pagas); e
- b) decorrentes de uma origem comum, qual seja, a abusividade das cláusulas.

O art. 97 do CDC trata sobre a legitimidade para liquidar ou executar uma sentença coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Ao interpretar o art. 97, do CDC, a doutrina afirma que os danos sofridos pelas vítimas ou sucessores devem ser individualizados em liquidação promovida por estes, não sendo, para tanto, cabível a liquidação coletiva em benefício próprio dos indivíduos.

Ressalvada a hipótese da reparação fluida do art. 100 do CDC, o Ministério Público não tem legitimidade para promover a liquidação de sentença para apurar os danos individualmente sofridos pelas vítimas ou sucessores. Estes (vítimas ou seus sucessores) é quem devem exercer a respectiva pretensão fundada na sentença coletiva condenatória.

Razões pelas quais o MP não tem legitimidade

O Ministério Público não tem legitimidade porque:

1) a liquidação individual da sentença coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos tem por objetivo transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados em indenizações pelos danos particularmente sofridos, tendo, portanto, por objeto os direitos divisíveis e disponíveis dos eventuais beneficiados;

2) a legitimidade das vítimas e seus sucessores prefere à dos elencados no rol do art. 82 do CDC, conforme prevê o art. 99 do CDC:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

3) a legitimação para que o MP promova a liquidação coletiva é subsidiária, na forma do art. 100 do CDC, e os valores correspondentes reverterão em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, ou de seus equivalentes em nível estadual e/ou municipal:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Verifica-se, de todo o exposto, que, uma vez exarada a sentença, o interesse coletivo, que autoriza o Ministério Público a propor a ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos, enquanto legitimado extraordinário, cede lugar, num primeiro momento, ao interesse estritamente individual e disponível, cuja liquidação não pode ser perseguida pela instituição, senão pelos próprios titulares.

Num segundo momento, depois de passado um ano sem a habilitação individual dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, a legislação autoriza a liquidação coletiva – e, em consequência, a respectiva execução – pelo Parquet, voltada à quantificação da reparação fluida, porque desse cenário exsurge, novamente, o interesse público na perseguição do efetivo ressarcimento dos prejuízos globalmente causados pelo réu, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

Por todo o exposto, conclui-se que o Ministério Público, ainda quando autor da ação coletiva que versa sobre lesão a direitos individuais homogêneos, não pode requerer a liquidação em favor das vítimas/sucessores, cabendo-lhe apenas promover a execução coletiva das indenizações individuais já liquidadas ou promover a reparação fluida, isso é, a liquidação e execução da indenização globalmente devida, a ser revertida em favor do Fundo, nos termos do art. 100 do CDC.

O pedido de liquidação de sentença feita pelo MP interrompeu a prescrição?

NÃO.

Como o Ministério Público não tem legitimidade para requerer a liquidação da sentença coletiva, deve-se reconhecer, em consequência, que esse requerimento – acaso seja feito – não é apto a interromper a prescrição para o exercício da respectiva pretensão pelos verdadeiros legitimados.

Não se pode considerar interrompida a prescrição quando a pretensão é formulada por quem não é titular do interesse que se busca satisfazer nem tem autorização legal para fazê-lo.

O que o MP deveria ter feito era tomar todas as providências para conferir a máxima publicidade quanto à existência do título executivo judicial a fim de que os interessados pudessem tomar as medidas necessárias à satisfação do seu direito reconhecido.

Em suma:

A liquidação da sentença coletiva, promovida pelo Ministério Público, não tem o condão de interromper o prazo prescricional para o exercício da pretensão individual de liquidação e execução pelas vítimas e seus sucessores.

STJ. Corte Especial. REsp 1.758.708-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/04/2022 (Info 734).

Modulação dos efeitos

Importante mencionar que, antes do precedente acima explicado, podíamos encontrar diversos julgados do STJ dizendo que a liquidação promovida pelo Ministério Público tinha o condão de interromper o prazo prescricional, mesmo sendo o Parquet parte ilegítima. Em outras palavras, a tese alegada pela consumidora (Aline) já foi aceita pelo STJ.

Diante disso, em homenagem à segurança jurídica e ao interesse social que envolve a questão, o STJ decidiu modular os efeitos da decisão acima (REsp 1.758.708-MS), com base no §3º do art. 927 do CPC/2015, para decretar a eficácia prospectiva do novo entendimento, atingindo apenas as situações futuras, ou seja, as ações civis públicas cuja sentença transite em julgado após a publicação deste acórdão:

Art. 927 (...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Assim, esse novo entendimento manifestado no REsp 1.758.708-MS não se aplica aos consumidores beneficiados nesta ação civil pública, cuja situação já está consolidada no tempo, segundo a jurisprudência então vigente, evitando-se, assim, a indesejável surpresa que lhes acarretaria prejuízo, acaso fosse decretada a prescrição. Em outras palavras, o pedido de liquidação de sentença formulado por Aline será conhecido e processado considerando, que neste caso concreto, se entenderá que o requerimento do MP interrompeu a prescrição.

DIREITO PENAL

CRIME CONTINUADO

O reconhecimento da continuidade delitiva não importa na obrigatoriedade de redução da pena definitiva fixada em cúmulo material, porquanto há possibilidade de aumento do delito mais gravoso em até o triplo, nos termos do art. 71, parágrafo único, in fine, do CP

ODS 16

Caso concreto: em 1ª instância, o réu foi condenado a 30 anos de reclusão, em cúmulo material de dois delitos de homicídio qualificado com decapitação e esquartejamento das vítimas. Em recurso de apelação, foi reconhecido crime continuado, mas sem alteração na pena final, tendo em vista que foi aplicado o aumento por continuidade delitiva para dobrar a pena de 15 anos, nos termos do art. 71, parágrafo único, parte final, do Código Penal:

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.

O STJ manteve o acórdão da apelação. Não há de se falar em reformatio in pejus porque, no recurso do réu, foi mantida a pena definitiva no mesmo montante, mesmo com a modificação dos institutos penais.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 301.882-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Severino foi condenado a 30 anos de reclusão por ter praticado dois homicídios qualificados em concurso material: art. 121, § 2º, I e III (por duas vezes) c/c o art. 69, do Código Penal.

Art. 121. Matar alguém:

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

(...)

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

Concurso material

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

O condenado recorreu pedindo que fosse reconhecida a continuidade delitiva em vez do concurso material de crimes.

O Tribunal concordou com a defesa afirmando que houve, realmente, continuidade delitiva.

O Tribunal, contudo, manteve a mesma pena que já havia sido aplicada no concurso material (30 anos).

A defesa impetrou habeas corpus argumentando que houve *reformatio in pejus*.

O STJ concordou com esse argumento? Houve reformatio in pejus?

NÃO.

Na sentença condenatória, o réu foi condenado em concurso material pela prática de dois homicídios qualificados, sendo que em ambos a pena-base foi fixada em 15 anos de reclusão devido à valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade e da personalidade.

O Tribunal, mesmo reconhecendo a continuidade delitiva, entendeu que seria o caso de aplicar a regra do parágrafo único do art. 71 do CP, que diz o seguinte:

Crime continuado

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.

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.

O reconhecimento da continuidade delitiva não importa na obrigatoriedade de redução da pena definitiva fixada em cúmulo material, porquanto há possibilidade de aumento do delito mais gravoso em até o triplo, nos termos do art. 71, parágrafo único, *in fine*, do Código Penal.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 301.882-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

Mantida a pena definitiva no mesmo montante, modificados somente os institutos penais sem o decote de qualquer vetorial negativa ou causa de aumento, não há de se falar em reformatio *in pejus*.

LEI DE DROGAS

É possível utilizar a quantidade e natureza da droga apreendida para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da LD?

Assunto já apreciado no Info 731-STJ

ODS 16

É possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

STJ. 3ª Seção. HC 725.534-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022 (Info 734).

Situação 1. Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado pela prática de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) por ter sido flagrado transportando cerca de 5kg de cocaína.

Na primeira fase da dosimetria da pena (circunstâncias judiciais do art. 59 do CP), o juiz aumentou a pena, alegando que as circunstâncias do crime eram desfavoráveis, já que o réu foi preso transportando uma grande quantidade de droga que, pela sua natureza (cocaína), apresenta alto grau de periculosidade.

O juiz poderia ter feito isso?

SIM. A natureza e quantidade da droga são fatores preponderantes no momento da dosimetria da pena, conforme previsto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Privilegio do art. 33, § 4º

A defesa havia pedido que fosse reconhecido o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O juiz concedeu o benefício. No entanto, ao calcular o percentual de redução da pena, fixou a redução em 1/6 (menor percentual) sob o argumento de que a natureza e a quantidade da droga pesavam contra ele.

Agiu corretamente o juiz neste caso concreto? O juiz, ao aplicar o benefício do § 4º do art. 33 pode reduzir a pena no mínimo previsto (1/6) utilizando como argumento o fato de que o réu foi preso com uma grande quantidade de droga mesmo já tendo utilizado essa mesma alegação para aumentar a pena base?

NÃO. Em nosso exemplo, a “quantidade de droga” já havia sido utilizada pelo juiz para agravar a pena na primeira fase da dosimetria da pena. Assim, se essa circunstância for novamente considerada agora na terceira fase (fixação do percentual de diminuição do § 4º do art. 33 da LD) haverá aí um *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição por conta de um mesmo fato (quantidade da droga).

Dessa forma, a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas para aumentar a pena no art. 42 (primeira fase da dosimetria) e também para escolher a fração de diminuição do § 4º do art. 33 da LD (terceira fase da dosimetria).

O juiz deverá escolher: ou utiliza essa circunstância para aumentar a pena base ou para valorar a causa de diminuição do traficante privilegiado. Se o mesmo fato for utilizado nas duas fases, haverá *bis in dem*.

Situação 2. Imagine agora uma situação diferente:

Pedro foi condenado pela prática de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) por ter sido flagrado transportando cerca de 5kg de cocaína.

Na primeira fase da dosimetria da pena (circunstâncias judiciais do art. 59 do CP), o juiz não mencionou nada a respeito da natureza ou da quantidade da droga. Tais elementos não foram utilizados.

Privilegio do art. 33, § 4º

A defesa havia pedido que fosse reconhecido o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

O juiz concedeu o benefício. No entanto, ao calcular o percentual de redução da pena, fixou a redução em 1/6 (menor percentual) sob o argumento de que a natureza e a quantidade da droga pesavam contra o réu.

Agiu corretamente o juiz neste caso concreto? O juiz, ao aplicar o benefício do § 4º do art. 33 pode reduzir a pena no mínimo previsto (1/6) utilizando como argumento o fato de que o réu foi preso com uma grande quantidade de droga sendo que ele não utilizou essa fundamentação para aumentar a pena base?

SIM. Neste segundo exemplo, a “quantidade de droga” não foi utilizada pelo juiz para agravar a pena na primeira fase da dosimetria da pena. Assim, não há qualquer óbice para que o magistrado utilize essa circunstância na terceira fase (fixação do percentual de diminuição do § 4º do art. 33 da LD).

O juiz escolheu utilizar essa circunstância para valorar a causa de diminuição do traficante privilegiado. Como o mesmo fato não foi utilizado nas duas fases, não houve *bis in dem*.

Tema 712

A posição acima explicada foi fixada pelo STF no Tema 712 de repercussão geral:

As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena, sob pena de *bis in idem*.

STF. Plenário. ARE 666334 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/04/2014 (Repercussão Geral – Tema 712).

Houve certa divergência no STJ, no entanto, desde 27/04/2022, o entendimento acima explicado é o que prevalece no Tribunal:

É possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

STJ. 3ª Seção. HC 725.534-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022 (Info 734).

Qual era o entendimento anterior do STJ sobre o assunto?

O STJ dizia que a natureza e a quantidade da droga deveriam ser utilizadas na 1ª fase da dosimetria e, apenas supletivamente, na 3ª fase:

A natureza e a quantidade da droga devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena. Isso porque o art. 42 da LD afirma que esses dois vetores preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (que são analisados na primeira fase da dosimetria).

Supletivamente, a natureza e a quantidade da droga podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. STJ. 5ª Turma. REsp 1.985.297-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 29/03/2022 (Info 731).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

A denúncia anônima acerca da ocorrência de tráfico de drogas acompanhada das diligências para a constatação da veracidade das informações prévias podem caracterizar as fundadas razões para o ingresso dos policiais na residência do investigado

ODS 16

O ingresso de agentes públicos em residências sem ordem judicial ou autorização de morador deve estar amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito. No caso concreto, os policiais, após receberem “denúncia anônima” acerca da existência de tráfico de drogas, realizaram diligências para a constatação da veracidade da denúncia e, com base em fundadas razões sobre a existência da prática do delito, inclusive sobre a existência de um “disque-drogas”, ingressaram na residência do investigado, encontraram o entorpecente e realizaram o flagrante.

Na situação em tela, verifica-se a existência de justa causa para a atuação dos agentes, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

STJ. 5ª Turma. AgRg nos EDcl no RHC 143.066-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

Inviolabilidade de domicílio

A CF/88 prevê, em seu art. 5º, a seguinte garantia:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

A inviolabilidade do domicílio é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo.

Entendendo o inciso XI:

Só se pode entrar na casa de alguém sem o consentimento do morador nas seguintes hipóteses:

Durante o DIA	Durante a NOITE
<ul style="list-style-type: none">• Em caso de flagrante delito;• Em caso de desastre;• Para prestar socorro;	<ul style="list-style-type: none">• Em caso de flagrante delito;• Em caso de desastre;• Para prestar socorro.

- Para cumprir determinação judicial (ex: busca e apreensão; cumprimento de prisão preventiva).

Assim, guarde isso: não se pode invadir a casa de alguém durante a noite para cumprir ordem judicial.

O que é considerado “dia”?

Não há uma unanimidade.

Há os que defendem o critério físico-astronômico, ou seja, dia é o período de tempo que fica entre o crepúsculo e a aurora.

Outros sustentam um critério cronológico: dia vai das 6h às 18h.

Existem, ainda, os que sustentam aplicar o parâmetro previsto no CPC, que fala que os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

O mais seguro é só cumprir a determinação judicial após as 6h e até as 18h.

O que se entender por “casa”?

O conceito é amplo e abrange:

a) a casa, incluindo toda a sua estrutura, como o quintal, a garagem, o porão, a quadra etc.

b) os compartimentos de natureza profissional, desde que fechado o acesso ao público em geral, como escritórios, gabinetes, consultórios etc.

c) os aposentos de habitação coletiva, ainda que de ocupação temporária, como quartos de hotel, motel, pensão, pousada etc.

Veículo é considerado casa?

Em regra, não. Assim, o veículo, em regra, pode ser examinado mesmo sem mandado judicial.

Exceção: quando o veículo é utilizado para a habitação do indivíduo, como ocorre com *trailers*, cabines de caminhão, barcos etc.

Flagrante delito

Vimos acima que, havendo flagrante delito, é possível ingressar na casa mesmo sem consentimento do morador, seja de dia ou de noite.

Um exemplo comum no cotidiano é o caso do tráfico de drogas. Diversos verbos do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 fazem com que este delito seja permanente:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Assim, se a casa do traficante funciona como boca-de-fumo, onde ele armazena e vende drogas, a todo momento estará ocorrendo o crime, considerando que ele está praticando os verbos “ter em depósito” e “guardar”.

Diante disso, havendo suspeitas de que existe droga em determinada casa, será possível que os policiais invadam a residência mesmo sem ordem judicial e ainda que contra o consentimento do morador?

SIM. No entanto, no caso concreto, devem existir fundadas razões que indiquem que ali está sendo cometido um crime (flagrante delito). Essas razões que motivaram a invasão forçada deverão ser posteriormente expostas pela autoridade, sob pena de ela responder nos âmbitos disciplinar, civil e penal. Além disso, os atos praticados poderão ser anulados.

O STF possui uma tese fixada sobre o tema:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

STF. Plenário. RE 603616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/11/2015 (repercussão geral – Tema 280) (Info 806).

O STJ também possui alguns julgados a respeito do assunto:

A existência de denúncia anônima da prática de tráfico de drogas somada à fuga do acusado ao avistar a polícia, por si só, não configuram fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou sem determinação judicial.

STJ. 5ª Turma. RHC 89.853-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/02/2020 (Info 666).

STJ. 6ª Turma. RHC 83.501-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 06/03/2018 (Info 623).

O ingresso regular da polícia no domicílio, sem autorização judicial, em caso de flagrante delito, para que seja válido, necessita que haja fundadas razões (justa causa) que sinalizem a ocorrência de crime no interior da residência.

A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo agente, embora pudesse autorizar abordagem policial em via pública para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial.

STJ. 6ª Turma. REsp 1574681-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/4/2017 (Info 606).

Abuso de autoridade

Veja o novo crime inserido pela Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade):

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Vale ressaltar, no entanto, que, para a configuração do delito, é indispensável a presença do dolo acrescido de elemento subjetivo especial, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 13.869/2019:

Art. 1º (...)

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Os policiais militares, após receberem “denúncia anônima” acerca da existência de tráfico de drogas, realizaram diligências para a constatação da veracidade da denúncia e, com base em fundadas razões sobre a existência da prática do delito, inclusive sobre a existência de um “disque-drogas”, ingressaram

na residência do investigado. Ali encontraram substância entorpecente, ocasião em que realizaram a prisão em flagrante.

Para o STJ, essa apreensão foi lícita?

SIM.

A denúncia anônima acerca da ocorrência de tráfico de drogas acompanhada das diligências para a constatação da veracidade das informações prévias podem caracterizar as fundadas razões para o ingresso dos policiais na residência do investigado.

STJ. 5ª Turma. AgRg nos EDcl no RHC 143.066-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

Na hipótese, verifica-se que, após denúncia anônima acerca da existência de tráfico de drogas, os policiais realizaram diligências para a constatação da veracidade da denúncia e, com base em fundadas razões sobre a existência da prática do delito, inclusive sobre a existência de um “disque-drogas”, ingressaram na residência do investigado, encontraram o entorpecente e realizaram o flagrante.

Desse modo, não se cogita da ausência de justa causa para o ingresso dos policiais no domicílio do paciente, pois as diligências realizadas anteriormente davam conta de que o paciente era fornecedor de drogas e as mantinha no interior de sua residência.

NULIDADES

Expressões ofensivas, desrespeitosas e pejorativas proferidas pelo magistrado na sessão de julgamento contra a honra do réu podem configurar quebra de imparcialidade e causa de nulidade absoluta

ODS 16

Expressões ofensivas, desrespeitosas e pejorativas proferidas pelo magistrado na sessão de julgamento contra a honra do jurisdicionado que está sendo julgado, podem configurar causa de nulidade absoluta, haja vista que ofendem a garantia constitucional da imparcialidade, que deve, como componente do devido processo legal, ser observada em todo e qualquer julgamento em um sistema acusatório.

Caso concreto: em julgamento de apelação da defesa contra condenação pelo crime do art. 217-A, caput, do Código Penal, o Desembargador afirmou oralmente: “[...] Declarações da vítima, da criança, eu fiquei horrorizado, eu não vi nada em que a vítima pudesse inventar! Uma criança, que foi num período entre seis anos a onze anos, que ela sofreu esses abusos, que ela inventasse qualquer coisa para denegrir a imagem de um suposto pai, porque nem pai podia ser... Uma pessoa dessas é um animal! Um animal! [...] E eu fico lembrando da minha neta. Fico lembrando da minha neta! Uma criança de tenra idade, na mão de um porco desse! Não me conformo! Não me conformo! Uma criança desse tipo [...] Absolver um animal desse! Esse cara foi um animal! Pra mim, um animal!”.

O STJ reconheceu a parcialidade do magistrado e, como consequência, a nulidade do julgamento do recurso de apelação. Diante disso, determinou novo julgamento sem a participação do Desembargador.

STJ. 6ª Turma. HC 718.525-PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 26/04/2022 (Info 734).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

O réu foi condenado em 1ª instância pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) praticado contra uma criança. Ele interpôs apelação endereçada ao Tribunal de Justiça alegando falta de provas.

No julgamento do recurso, um dos Desembargadores que participava do julgamento afirmou oralmente:

“[...] Declarações da vítima, da criança, eu fiquei horrorizado, eu não vi nada em que a vítima pudesse inventar! Uma criança, que foi num período entre seis anos a onze anos, que ela sofreu esses abusos, que ela inventasse qualquer coisa para denegrir a imagem de um suposto pai, porque nem pai podia ser... Uma pessoa dessas é um animal! Um animal! [...] E eu fico lembrando da minha neta. Fico lembrando da minha neta! Uma criança de tenra idade, na mão de um porco desse! Não me conformo! Não me conformo! Uma criança desse tipo [...] Absolver um animal desse! Esse cara foi um animal! Pra mim, um animal!”.

A sentença condenatória foi confirmada pelo TJ, por maioria de votos. O Desembargador que proferiu essas palavras votou, obviamente, pela condenação do réu.

A defesa do condenado impetrou habeas corpus alegando a nulidade do julgamento em razão de parcialidade do Desembargador.

O STJ concordou com a defesa? O julgamento foi anulado?

SIM.

Nenhum juiz é axiologicamente neutro. Ele traz consigo valores, crenças, experiências que irão influenciar no seu ato de julgar.

A despeito disso, o envolvimento emocional (subjetivo) do juiz com as partes do processo e com o fato apurado pode interferir na sua imparcialidade.

A imparcialidade é um atributo que faz parte do “devido processo legal”, previsto no art. 5º, LIV, da CF/88. Assim, não pode haver o devido processo legal sem a imparcialidade do julgador, cuja falta, se objetivamente positivada, implica nulidade por suspeição:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:
I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

Além disso, vale registrar que o art. 35, IV, da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), arrola como dever do magistrado “tratar com urbanidade as partes”.

O STJ entendeu que, no caso concreto, as desrespeitosas expressões que o Desembargador proferiu oralmente na sessão de julgamento da apelação exorbitaram claramente uma mera questão de falta de urbanidade, tendo configurado visível falta de imparcialidade, razão pela qual se reconheceu a nulidade por suspeição.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), em seu artigo 5.1, estipula que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. No artigo 5.2 estabelece que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Na parte em que trata das garantias judiciais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (art. 8.1).

Não consta no voto escrito condutor do acórdão do Tribunal de Justiça nenhuma ofensa ao réu e, em nenhum momento o revisor utilizou termos pejorativos para denegrir a sua honra. Mas o fato é que ofensas informadas pela defesa ocorreram durante a sessão de julgamento, por meio da manifestação oral do Desembargador que proferiu o voto divergente, já que o relator optara pela absolvição por insuficiência de provas.

Em suma:

Expressões ofensivas, desrespeitosas e pejorativas proferidas pelo magistrado na sessão de julgamento contra a honra do jurisdicionado que está sendo julgado, podem configurar causa de nulidade absoluta, haja vista que ofendem a garantia constitucional da imparcialidade, que deve, como componente do devido processo legal, ser observada em todo e qualquer julgamento em um sistema acusatório. STJ. 6ª Turma. HC 718.525-PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 26/04/2022 (Info 734).

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

Imposto de Renda não incide sobre juros de mora por atraso no pagamento de verbas salariais

Assunto já apreciado no Info 1009

ODS 16

Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função.

STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.494.279-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi demitido sem justa causa da empresa onde trabalhava.

Ele ajuizou reclamação trabalhista pedindo o pagamento de verbas que não foram quitadas.

O juiz julgou o pedido procedente e condenou a empresa a pagar ao autor R\$ 100 mil de verbas remuneratórias, quantia acrescida de juros de mora e correção monetária.

Vamos supor, hipoteticamente, que os juros de mora seriam equivalentes a R\$ 10 mil.

João terá que pagar imposto de renda sobre os R\$ 100 mil (verbas remuneratórias)?

SIM.

João terá que pagar imposto de renda sobre os R\$ 10 mil (juros de mora)?

NÃO.

Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função.

STF. Plenário. RE 855091/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 808) (Info 1009).

Juros de mora representam a recomposição dos danos emergentes

Juros moratórios é uma expressão que designa a indenização pelo atraso no pagamento da dívida em dinheiro.

Os juros de mora devidos em razão do atraso no adimplemento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função estão fora do campo de incidência do imposto de renda.

Esses juros de mora têm por objetivo recompor, de modo estimado, os gastos a mais que o credor precisa suportar em razão do atraso no pagamento da verba de natureza alimentar a que tinha direito.

Logo, os juros de mora podem ser considerados como danos emergentes, parcela que não se adequa à materialidade do tributo, por não resultar em acréscimo patrimonial.

Imposto de renda incide em caso de acréscimo patrimonial

A materialidade do imposto de renda (art. 153, III, da CF/88) está relacionada à existência de **acrésimo patrimonial**.

Os juros de mora legais não representam acréscimo, considerando que possuem natureza de indenização. Importante esclarecer, no entanto, que o simples fato de uma verba ser denominada “indenizatória” não afasta, por si só, a incidência do imposto de renda. Assim, não é porque uma verba é indenizatória que, obrigatoriamente, estará fora do âmbito de incidência do imposto de renda.

A palavra indenização abrange valores recebidos a título de danos emergentes — que não acrescem o patrimônio — e a título de lucros cessantes — tributáveis pelo imposto de renda, porquanto substituiriam o acréscimo patrimonial que deixou de ser auferido em razão de um ilícito.

Em tese, o imposto de renda pode alcançar os valores referentes a lucros cessantes, mas não os relativos a danos emergentes.

No caso concreto, os juros de mora têm o objetivo de recompor as perdas

Na situação em apreço, os juros de mora não se sujeitam ao imposto de renda, pois visam, precipuamente, recompor efetivas perdas, decréscimos no patrimônio do credor.

O atraso no pagamento de remuneração devida ao trabalhador decorrente do exercício de emprego, cargo ou função faz com que ele busque outros meios para atender suas necessidades, como o uso de cheque especial e a obtenção de empréstimos.

Não é razoável presumir que o trabalhador aplicaria, durante todo o período em atraso, a integralidade da verba não recebida tempestivamente em algum instrumento que lhe gerasse renda equivalente aos juros de mora.

Ademais, a expressão “juros moratórios” é própria do direito civil e, para o legislador, o não recebimento nas datas correspondentes dos valores em dinheiro aos quais se tem direito implica em prejuízo.

Mesmo que se considere abranger lucros cessantes além de danos emergentes, não se vislumbra a possibilidade de os juros de mora no aludido contexto serem submetidos à tributação pelo imposto de renda sem se ferir o conteúdo mínimo da materialidade do tributo. Isso, porque o imposto acabaria incidindo sobre danos emergentes.

STJ acompanha o STF

Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função.

STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.494.279-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

ICMS

ICMS integra a base de cálculo da CPRB

Tema já apreciado no Info 1006-STF

ODS 12 E 16

É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.638.772-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 27/04/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 994) (Info 734).

CPRB

A Contribuição Previdenciária sobre a **Receita Bruta** (CPRB) é uma contribuição social, de competência da União, destinada a custear a Previdência Social.

Foi instituída pela MP 540/2011, convertida na Lei nº 12.546/2011.

Inicialmente, esta Contribuição foi prevista para perdurar até 31/12/2014, mas acabou sendo prorrogada até que, a partir do advento da MP 651/2014, ela se tornou definitiva.

Contextualizando a criação e a finalidade da CPRB

A MP 540/2011 foi editada com o objetivo de estimular o desenvolvimento e promover o reaquecimento da economia nacional.

Seguindo esse propósito, a MP reduziu encargos sobre a mão de obra, por intermédio de diminuição de alíquotas, abrangendo empresas de diversos segmentos, como o de tecnologia da informação e comunicação, navegação, hoteleiro, transporte aéreo, dentre outros.

A Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB teve um papel de desoneração tributária, ou seja, redução da carga tributária, considerando que o objetivo foi o de substituir a incidência de contribuição sobre a folha de pagamento por uma incidência sobre a receita bruta das empresas, o que, no fim das contas, reduziria o montante a ser pago.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

A empresa "XX" é contribuinte da CPRB.

O total das receitas auferidas pela empresa no mês foi R\$ 100 mil.

O fisco cobrou a CPRB com base nesse valor (alíquota x 100 mil = tributo devido).

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

Em suma, para a empresa, a quantia paga a título de ICMS não pode ser incluída na base de cálculo da CPRB. Essa inclusão seria inconstitucional.

A tese da empresa é acolhida pela jurisprudência?

NÃO. A partir da alteração promovida pela Lei nº 13.161/2015, as empresas listadas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 têm a faculdade de aderir ao novo sistema, caso concluam que a sistemática da CPRB é, no seu contexto, mais benéfica do que a contribuição sobre a folha de pagamentos.

Logo, não pode a empresa aderir ao novo regime de contribuição por livre vontade e, ao mesmo tempo, querer se beneficiar de regras que não lhe sejam aplicáveis.

Permitir que a empresa adira ao novo regime, abatendo do cálculo da CPRB o ICMS sobre ela incidente, ampliaria demasiadamente o benefício fiscal, pautado em amplo debate de políticas públicas tributárias.

A pretensão da empresa acarretaria grave violação ao art. 150, § 6º, da Constituição, que determina a edição de lei específica para tratar sobre redução de base de cálculo de tributo:

Art. 150 (...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

A receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da CPBR, compreende os tributos sobre ela incidentes

O Decreto-Lei nº 1.598/1977, que regulamenta o Imposto de Renda, após alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014, trouxe definição expressa do conceito de receita bruta e receita líquida, para fins de incidência tributária. Confira o que diz o art. 12:

Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

(...)

III - tributos sobre ela incidentes; e

Repare que o § 1º acima transcrito deixa claro que os tributos estão incluídos na receita bruta. Ora, se a receita líquida compreende a receita bruta, descontados, entre outros, os tributos incidentes, significa que, *contrario sensu*, a receita bruta compreende os tributos sobre ela incidentes.

Em suma:

É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB.

STF. Plenário. RE 1187264/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1048) (Info 1006).

STJ. 1ª Seção. REsp 1.638.772-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 27/04/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 994) (Info 734).

Obs: o STJ já decidiu de forma diferente (REsp 1624297/RS), no entanto, isso não mais interessa.

ITBI

O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa

ODS 16

Mesmo em caso de cisão, o fato gerador do ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do bem imóvel, em conformidade com a lei civil.

Logo, não há como se considerar como fato gerador da referida exação a data de constituição das empresas pelo registro de Contrato Social na Junta Comercial, ocorrido em data anterior.

Dessa forma, o fato gerador do ITBI ocorre, no seu aspecto material e temporal, com a efetiva transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária, o que se perfectibiliza com a consumação do negócio jurídico hábil a transmitir a titularidade do bem, mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis.

Ainda sobre o tema: O fato gerador do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro (STF. Plenário ARE 1294969 RG, Rel. Min. Presidente, julgado em 11/02/2021. Repercussão Geral – Tema 1124).

STJ. 2ª Turma. AREsp 1.760.009-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

O que é o ITBI?

ITBI significa imposto sobre transmissão *inter vivos*, sendo tributo de competência dos Municípios.

Segundo o art. 156, II da CF/88, o ITBI será cobrado quando houver “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”.

Ex: João vende uma casa a Pedro. Sobre essa transmissão, haverá a incidência do ITBI.

O que é a cisão?

Cisão é a operação por meio da qual a sociedade transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades. A cisão pode ser total ou parcial.

- Se for total: a sociedade transfere todo seu patrimônio e desaparece, formando duas ou mais sociedades.

- Se for parcial: a sociedade transfere apenas parte de seu patrimônio e continua existindo, no entanto, uma parcela dela se incorpora à outra sociedade.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Existia uma empresa chamada de “Ponte Alta”. Ela foi objeto de uma cisão parcial, ou seja, houve a transferência de parcelas de seus patrimônio para outras empresas.

No ato de cisão, ficou consignado que seria transmitida uma fazenda da Ponte Alta para outra empresa chamada “Nova Agrícola”.

Em 2012, essa cisão foi registrada na junta comercial. Na mesma data foi realizado o registro do contrato social da empresa Nova Agrícola, também na junta comercial.

Somente em 2013, foi realizado o registro de transferência da propriedade da fazenda no cartório de registro de imóveis.

Diante desse cenário, indaga-se: o fato gerador do ITBI foi a data da cisão da empresa ou o dia do registro da transferência da propriedade?

O registro da transmissão da propriedade do imóvel.

Mesmo em caso de cisão, o fato gerador do ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do bem imóvel, em conformidade com o art. 1.245 do Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Logo, não há como se considerar como fato gerador da referida exação a data de constituição das empresas pelo registro de Contrato Social na Junta Comercial, ocorrido em data anterior.

O fato gerador do ITBI ocorre, no seu aspecto material e temporal, com a efetiva transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária, o que se perfectibiliza com a consumação do negócio jurídico hábil a transmitir a titularidade do bem, mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis.

Aplica-se ao caso o que decidiu o STF no Tema 1124:

O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro.

STF. Plenário ARE 1294969 RG, Rel. Min. Presidente, julgado em 11/02/2021 (Repercussão Geral – Tema 1124).

Dessa forma, o fato gerador do ITBI ocorre, no seu aspecto material e temporal, com a efetiva transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária, o que se perfectibiliza com a consumação do negócio jurídico hábil a transmitir a titularidade do bem, mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis.

Em suma:

O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa.

STJ. 2ª Turma. AREsp 1.760.009-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/04/2022 (Info 734).

PIS/PASEP E COFINS

**Impossibilidade de aproveitamento de créditos de PIS e Cofins
no sistema monofásico e outras teses correlatas**

ODS16

(i) É vedada a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre os componentes do custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica (arts. 3º, I, "b" da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003).

(ii) O benefício instituído no art. 17, da Lei nº 11.033/2004, não se restringe somente às empresas que se encontram inseridas no regime específico de tributação denominado **REPORTO**.

(iii) O art. 17, da Lei nº 11.033/2004, diz respeito apenas à manutenção de créditos cuja constituição não foi vedada pela legislação em vigor, portanto não permite a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica, já que vedada pelos arts. 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003.

(iv) Apesar de não constituir créditos, a incidência monofásica da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não é incompatível com a técnica do creditamento, visto que se prende aos bens e não à pessoa jurídica que os comercializa que pode adquirir e revender conjuntamente bens sujeitos à não cumulatividade em incidência plurifásica, os quais podem lhe gerar créditos.

(v) O art. 17, da Lei nº 11.033/2004, apenas autoriza que os créditos gerados na aquisição de bens sujeitos à não cumulatividade (incidência plurifásica) não sejam estornados (sejam mantidos) quando as respectivas vendas forem efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, não autorizando a constituição de créditos sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.894.741-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27/04/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1093) (Info 734).

NÃO CUMULATIVIDADE DO PIS/PASEP E COFINS

Princípio da não cumulatividade

O princípio da não cumulatividade é um princípio de tributação por meio do qual se pretende evitar a chamada "tributação em cascata", que onera as sucessivas operações e prestações com bens e serviços sujeitos a determinado tributo (PGE/MT 2016 FCC).

Para você entender melhor, veja o caso do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

O IPI é um imposto não cumulativo (art. 153, § 3º, II, da CF/88), o que significa que é possível compensar o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ou seja, o valor pago na operação imediatamente anterior pode ser abatido do mesmo imposto em operação posterior (art. 49 do CTN).

"A cada aquisição tributada de insumo, o adquirente registra como crédito o valor do tributo incidente na operação. Tal valor é um 'direito' do contribuinte, consistente na possibilidade de recuperar o valor incidente nas operações subsequentes (é o 'IPI a recuperar').

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

Periodicamente, faz-se uma comparação entre os débitos e créditos. Caso os débitos sejam superiores aos créditos, o contribuinte deve recolher a diferença aos cofres públicos. Caso os créditos sejam maiores, a

diferença pode ser compensada posteriormente ou mesmo, cumpridos determinados requisitos, ser objeto de ressarcimento.” (ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 681-682).

Exemplo de aplicação do princípio da não cumulatividade:

Imaginemos uma indústria que fabrica computadores. Ela precisa comprar os insumos que são utilizados na fabricação dos seus bens. Exs: precisa adquirir os plásticos que são utilizados no computador, comprar os metais que são empregados nos dispositivos eletrônicos etc.

Quando essa indústria compra cada um desses insumos, ela paga um preço para o fornecedor. Ocorre que esse fornecedor pagou um valor de IPI e embutiu no preço o valor deste IPI.

Ex: suponhamos que a indústria pagou R\$ 100 mil para o fornecedor do plástico; imagine que de R\$ 100 mil, R\$ 10 mil é referente ao IPI, ou seja, essa quantia é custo de IPI que o fornecedor repassou para a indústria. Vamos agora imaginar que a indústria vendeu os computadores e, por essa venda, foi cobrada R\$ 500 mil de IPI. Como a indústria já pagou R\$ 10 mil na aquisição dos insumos, vai utilizar esse crédito para descontar do valor do IPI e assim só irá pagar R\$ 490 mil de IPI pelas vendas. Isso é a não cumulatividade.

Tributos sujeitos ao regime não cumulativo

A redação originária da CF/88 previu a sistemática da não cumulatividade apenas para dois impostos: o IPI (art. 153, § 3º, II) e o ICMS (art. 155, § 2º, I), ambos submetidos a regime plurifásico.

No entanto, a EC 42/2003 acrescentou o § 12 ao art. 195 da Constituição autorizando que a lei previsse o regime da não cumulatividade também para o PIS/PASEP e para a Cofins. Veja:

Art. 195 (...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

Constitucionalizou-se, desse modo, a regra da não cumulatividade, tradicionalmente restrita ao IPI e ao ICMS, para a Cofins e o PIS/PASEP (contribuições voltadas ao financiamento da seguridade social).

Vale ressaltar, no entanto, que existem diferenças significativas entre os regimes.

A não cumulatividade do ICMS e do IPI é obrigatória e baseada no texto constitucional. Já a não cumulatividade da Cofins e do PIS/PASEP não é obrigatória e depende de previsão em lei, que irá definir as regras aplicáveis.

Entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis: não há direito a crédito presumido

Quando a operação anterior é isenta, em regra, não existe direito de crédito em favor do adquirente. Isso porque, segundo a técnica da não cumulatividade, prevista no art. 153, § 3º, II, da CF/88, somente é possível creditar o imposto que foi cobrado na operação anterior:

Art. 153. (...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV (obs: IPI):

(...)

II – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

Se não foi cobrado imposto (por ser isento, sujeito à alíquota zero ou não tributável), não é possível creditamento do IPI.

Exemplo:

Morlan S/A é uma indústria que comprou insumos da empresa Tecno S/A.

A adquirente pediu para ter direito ao crédito de IPI relativo a essa compra.

Ocorre que os insumos que a Morlan comprou da empresa Tecno são isentos do pagamento de IPI. Diante disso, a Receita Federal afirmou que a Morlan não teria direito a creditamento. Isso porque se a operação é isenta, ela não gera crédito de IPI. Assim, não houve imposto efetivamente cobrado. A posição da Receita Federal está em harmonia com o entendimento do STF cristalizado na SV 58:

Súmula vinculante 58: Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade.

Essa mesma regra existe para o ICMS:

Art. 155 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

Por que existe essa regra?

Em relação ao IPI e ao ICMS, a regra da não cumulatividade tem por objetivo evitar a chamada tributação em cascata, ou seja, a incidência de imposto sobre imposto, no caso de tributos multifásicos, assim entendidos aqueles exigíveis em operações sucessivas.

O princípio da não-cumulatividade é alicerçado no direito que o contribuinte possui à compensação. Isso significa que o valor a ser pago na operação posterior sofre a diminuição do que foi pago anteriormente. Assim, se nada de IPI foi pago na entrada do produto, nada há a ser compensado na operação seguinte. Logo, o aproveitamento dos créditos do IPI não se caracteriza quando a matéria-prima utilizada na fabricação de produtos tributados reste desonerada, sejam os insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis. Isso porque a compensação com o montante devido na operação subsequente pressupõe, necessariamente, a existência de crédito gerado na operação anterior, o que não ocorre nas hipóteses exoneratórias.

No caso do PIS/PASEP e da COFINS existe alguma regra constitucional semelhante ao que preveem o art. 153, § 3º, II e o art. 155, § 2º, I, da CF/88 (que vimos acima)?

NÃO. O único dispositivo constitucional que trata sobre a não cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS é o art. 195, § 12 e ele não proíbe a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições.

REGIME MONOFÁSICO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS

Regime de incidência monofásica é uma técnica de tributação segundo a qual haverá a incidência única do tributo, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva.

Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

Ex: em vez de cobrar PIS/Pasep e Cofins da indústria, do intermediário e do comerciante, o legislador estipula apenas uma cobrança (na fase inicial), com uma alíquota alta. Assim, a indústria paga e repassará o “custo econômico” disso para o intermediário que, por sua vez, repassará para o comerciante e este para o consumidor.

Essa é uma tendência que vem sendo adotada pelo legislador tributário para setores econômicos geradores de expressiva arrecadação, com o objetivo de trazer mais simplicidade e eficiência para a arrecadação, combatendo a evasão fiscal.

A CF/88 autoriza que o legislador adote essa técnica para o PIS/PASEP e a Cofins. Veja o que diz o § 4º do art. 149 da CF/88:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Direito de creditamento de PIS e COFINS

A legislação autoriza que, ao pagar o PIS e a COFINS, a pessoa jurídica possa “descontar” alguns créditos que ela vai adquirindo nas hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 10.637/2002 e art. 3º da Lei nº 10.833/2003.

Assim, essas leis regem a não cumulatividade do PIS/Pasep e da COFINS e expressamente definem as situações nas quais é possível o creditamento. Veja:

Lei nº 10.637/2002 (PIS/PASEP):

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º (*valor da contribuição para o PIS/PASEP*) a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I – bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; e

b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei;

II – bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI;

(...)

Lei nº 10.833/2003 (COFINS):

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º (*valor da COFINS*) a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; e

b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei;

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi;

(...)

Essas leis, por sua vez, preveem situações nas quais não haverá direito ao creditamento:

Lei nº 10.637/2002 (PIS/PASEP):

Art. 3º (...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

(...)

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.

Lei nº 10.833/2003 (COFINS):

Art. 3º (...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

(...)

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.

REPORTO

A Lei nº 11.033/2004 instituiu o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (REPORTO) e estabeleceu diversos benefícios fiscais. Um deles foi a suspensão do PIS/Pasep e da Cofins:

Art. 14. Serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e, quando for o caso, do Imposto de Importação - II, as vendas e as importações de máquinas, equipamentos, peças de reposição e outros bens, no mercado interno, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do Reporto e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva na execução de serviços de:

I - carga, descarga, armazenagem e movimentação de mercadorias e produtos;

II - sistemas suplementares de apoio operacional;

III - proteção ambiental;

IV - sistemas de segurança e de monitoramento de fluxo de pessoas, mercadorias, produtos, veículos e embarcações;

V - dragagens; e

VI - treinamento e formação de trabalhadores, inclusive na implantação de Centros de Treinamento Profissional.

(...)

§ 2º A suspensão da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS converte-se em operação, inclusive de importação, sujeita a alíquota 0 (zero) após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do respectivo fato gerador.

O art. 17, por sua vez, assegura a manutenção dos créditos existentes de contribuição ao PIS/Pasep e da COFINS, ainda que a revenda não seja tributada:

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Desse modo, permite-se àquele que efetivamente adquiriu créditos dentro da sistemática da não cumulatividade não seja obrigado a estorná-los ao efetuar vendas submetidas à suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins.

Em outras palavras, o art. 17 deixa clara a possibilidade de o contribuinte utilizar créditos da contribuição ao PIS/Pasep e da COFINS no caso de venda efetuada no regime monofásico, pois garante a manutenção desses créditos pelo vendedor na hipótese de venda de produtos com incidência monofásica.

Esse art. 17 da Lei nº 11.033/2004 pode ser aplicado para situações fora do regime de REPORTO?

SIM.

O benefício instituído no art. 17, da Lei nº 11.033/2004, não se restringe somente às empresas que se encontram inseridas no regime específico de tributação denominado REPORTO.

Podemos apontar quatro razões para se chegar a essa conclusão:

1º) o art. 17 não limita expressamente sua incidência aos contribuintes integrantes do REPORTO, isto é, não vincula as vendas de que trata àquelas efetuadas na forma do art. 14 da mesma lei.

2º) o art. 17 também trata de vendas efetuadas com isenção e não-incidência e, no art. 14 da mesma lei, não há palavra alguma sobre isenção e não-incidência, o que denota a sua aplicação para além daquele artigo.

3º) a própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 206/2004 (EM Nº 00111/2004 - MF, de 6 de agosto de 2004), seu item “13” expressamente excluiu essa regra (do atual art. 17 da Lei nº 11.033/2004) do grupo de artigos que tratam exclusivamente do REPORTO, situando-o no âmbito da interpretação da legislação referente à Contribuição para o PIS/PASEP e à COFINS não-cumulativos, regra-geral, portanto.

4º) posteriormente, foi veiculado na Lei nº 11.116/2005 que os créditos mencionados no art. 17, da Lei nº 11.033/2004 estavam vinculados ao art. 3º da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003 e não exclusivamente ao REPORTO.

O art. 17, da Lei nº 11.033/2004, permite a constituição de créditos sobre o custo de aquisição de bens sujeitos à tributação monofásica da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS?

NÃO. Isso se dá por três motivos:

1º) Há pacífica jurisprudência no âmbito do STF - inclusive objeto da SV 58 - no sentido de que o princípio da não cumulatividade não se aplica a situações nas quais não existe dupla tributação.

Assim, o princípio da não cumulatividade somente pode ser invocado se ocorrer a incidência sequencial do mesmo tributo na cadeia econômica, ou seja, se houver dupla ou pluritributação.

Somente há que se falar em princípio da não-cumulatividade onde houver cumulatividade possível, isto é, onde houver uma cadeia de tributação, uma plurifasia ou, ao menos, uma dupla tributação. Se houver incidência única (via monofasia ou substituição tributária), o princípio não é sequer cogitável, o que não impede a incidência do tributo se seu suporte fático acolhe também a monofasia, como no caso da importação para consumo.

Como já dito acima, essa conclusão deu origem à SV 58:

Súmula vinculante 58: Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade.

Assim, partindo do raciocínio segundo o qual a não concessão de crédito de IPI quando se adquire insumo desonerado do referido tributo não viola o princípio da não cumulatividade, haja vista a inexistência de cobrança na operação anterior, *mutatis mutandis*, é inviável cogitar-se da aplicação do princípio da não cumulatividade na hipótese de tributação monofásica no âmbito das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS eis que, como naquele caso, não há ofensa à finalidade do referido princípio, que é a de desonerar a cadeia econômica, evitando o assim chamado “efeito cascata” da tributação nas diversas operações (dupla ou pluritributação). Em outras palavras, inexistindo cobrança anterior ou cobrança posterior, ou ainda, inexistindo cadeia econômica e pluralidade de operações, não há aplicabilidade para o princípio da não cumulatividade.

2º) Os arts. 3º, I, “b” da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003, que vedam a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica, permanecem em pleno vigor e não foram em momento algum revogados, total ou parcialmente, pelo art. 17, da Lei nº 11.033/2004.

O art. 17, da Lei nº 11.033/2004, muito embora seja norma posterior aos arts. 3º, § 2º, II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, não autoriza a constituição de créditos de PIS/PASEP e COFINS sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/1977) de bens sujeitos à tributação monofásica, contudo

permite a manutenção de créditos por outro modo constituídos, ou seja, créditos cuja constituição não restou obstada pelas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

A vedação para a constituição de créditos sobre o custo de aquisição de bens sujeitos à tributação monofásica (creditamento), além de ser norma específica contida em outros dispositivos legais - arts. 3º, I, “b” da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003 (critério da especialidade), foi republicada posteriormente com o advento dos arts. 4º e 5º, da Lei nº 11.787/2008 (critério cronológico) e foi referenciada pelo art. 24, §3º, da Lei nº 11.787/2008 (critério sistemático).

Assim, se tivesse havido derrogação da vedação pelo art. 17, da Lei nº 11.033/2004, esta não sobreviveria ao regramento realizado pela lei posterior que reafirmou a vedação (Lei nº 11.787/2008) e que não foi declarada inconstitucional.

Sendo assim, seja pelo critério cronológico, seja pela especialidade, seja pelo critério sistemático, o art. 17, da Lei nº 11.033/2004, não permitiu a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica. Dito de outra forma, o art. 17, da Lei nº 11.033/2004, apenas autoriza que os créditos regularmente gerados na aquisição de bens sujeitos à não cumulatividade (incidência plurifásica) não sejam estornados (sejam mantidos) quando as respectivas vendas forem efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, não autorizando a constituição de créditos sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica.

3º) A concessão do creditamento implicará que a Administração Tributária estará trabalhando de modo ineficiente para distribuir renda do fabricante para o revendedor, contrariando a neutralidade econômica, o próprio princípio da não cumulatividade e o princípio da solidariedade.

De acordo com o art. 20, da LINDB, o julgador precisa considerar “as consequências práticas da decisão”. Tendo isso em mente, é preciso compreender que o objetivo da tributação monofásica não é desonerar a cadeia, mas sim concentrar em apenas um elo da cadeia a tributação que seria recolhida de toda ela caso fosse não cumulativa, evitando os pagamentos fracionados (dupla tributação e plurifasia). Tal se dá exclusivamente por motivos de política fiscal.

Em todos os casos analisados (cadeia de bebidas, setor farmacêutico, setor de autopeças), a autorização para a constituição de créditos sobre o custo de aquisição de bens sujeitos à tributação monofásica, além de comprometer a arrecadação da cadeia, colocaria a Administração Tributária e o fabricante trabalhando quase que exclusivamente para financiar o revendedor, contrariando o art. 37, caput, da CF/88 (princípio da eficiência da administração pública) e também o objetivo de neutralidade econômica que é o componente principal do princípio da não cumulatividade. Ou seja, é justamente o creditamento que violaria o princípio da não cumulatividade.

No contexto atual de pandemia causada pela COVID - 19, nunca é demais lembrar que as contribuições ao PIS/PASEP e COFINS possuem destinação própria para o financiamento da Seguridade Social (arts. 195, I, “b” e 239, da CF/88), atendendo ao princípio da solidariedade, recursos estes que em um momento de crise estariam sendo suprimidos do SUS e do Programa Seguro Desemprego para serem direcionados a uma redistribuição de renda individualizada do fabricante para o revendedor, em detrimento de toda a coletividade. A função social da empresa também se realiza através do pagamento dos tributos devidos, mormente quando vinculados a uma destinação social.

Em suma:

(i) É vedada a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre os componentes do custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica (arts. 3º, I, “b” da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003).

(ii) O benefício instituído no art. 17, da Lei nº 11.033/2004, não se restringe somente às empresas que se encontram inseridas no regime específico de tributação denominado REPORTO.

(iii) O art. 17, da Lei nº 11.033/2004, diz respeito apenas à manutenção de créditos cuja constituição não foi vedada pela legislação em vigor, portanto não permite a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica, já que vedada pelos arts. 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003.

(iv) Apesar de não constituir créditos, a incidência monofásica da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não é incompatível com a técnica do creditamento, visto que se prende aos bens e não à pessoa jurídica que os comercializa que pode adquirir e revender conjuntamente bens sujeitos à não cumulatividade em incidência plurifásica, os quais podem lhe gerar créditos.

(v) O art. 17, da Lei nº 11.033/2004, apenas autoriza que os créditos gerados na aquisição de bens sujeitos à não cumulatividade (incidência plurifásica) não sejam estornados (sejam mantidos) quando as respectivas vendas forem efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, não autorizando a constituição de créditos sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei nº 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.894.741-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27/04/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1093) (Info 734).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É válida a recusa pela Polícia Federal de pedido de inscrição em curso de reciclagem para vigilantes profissionais, quando configurada a ausência de idoneidade do indivíduo em razão da prática de delito que envolve o emprego de violência contra a pessoa ou da demonstração de comportamento agressivo incompatível com as funções do cargo. ()
- 2) O Poder Judiciário pode determinar, ante injustificável inércia estatal, que o Poder Executivo adote medidas necessárias à concretização de direitos constitucionais dos indígenas. ()
- 3) É possível que, em relação ao montante da indenização de dano ambiental a ser paga pelo poluidor, sejam decotadas as despesas referentes à atividade empresarial (impostos e outras). ()
- 4) Terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta. ()
- 5) Tem direito ao recebimento de aluguéis a parte que, sem vínculo de parentalidade com a cônjuge supérstite, possuía imóvel em copropriedade com o de cujus. ()
- 6) O marco inicial e o prazo de vigência previstos no parágrafo único do art. 40 da LPI não são aplicáveis às patentes depositadas na forma estipulada pelo art. 229, parágrafo único, dessa mesma lei (patentes mailbox). ()
- 7) A concessão da gratuidade de justiça ao microempreendedor individual - MEI e ao empresário individual prescinde de comprovação da hipossuficiência financeira. ()
- 8) Não é possível considerar válida a citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa. ()
- 9) A falta de indicação expressa da norma constitucional que autoriza a interposição do recurso especial (alíneas a, b e c do inciso III do art. 105 da CF/88) implica o seu não conhecimento pela incidência da Súmula 284 do STF, salvo, em caráter excepcional, se as razões recursais conseguem demonstrar, de forma inequívoca, a hipótese de seu cabimento. ()
- 10) A liquidação da sentença coletiva, promovida pelo Ministério Público, não tem o condão de interromper o prazo prescricional para o exercício da pretensão individual de liquidação e execução pelas vítimas e seus sucessores. ()

- 11) O reconhecimento da continuidade delitiva não importa na obrigatoriedade de redução da pena definitiva fixada em cúmulo material, porquanto há possibilidade de aumento do delito mais gravoso em até o triplo, nos termos do art. 71, parágrafo único, in fine, do Código Penal. ()
- 12) É possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. ()
- 13) A denúncia anônima acerca da ocorrência de tráfico de drogas acompanhada das diligências para a constatação da veracidade das informações prévias não caracterizam fundadas razões para o ingresso dos policiais na residência do investigado. ()
- 14) Expressões ofensivas, desrespeitosas e pejorativas proferidas pelo magistrado na sessão de julgamento contra a honra do jurisdicionado que está sendo julgado, podem configurar causa de nulidade absoluta, haja vista que ofendem a garantia constitucional da imparcialidade, que deve, como componente do devido processo legal, ser observada em todo e qualquer julgamento em um sistema acusatório. ()
- 15) Incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função. ()
- 16) É inconstitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB. ()
- 17) O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa. ()

Gabarito

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