

Informativo comentado: Informativo 728-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

- *O acordo de não persecução cível pode ser celebrado mesmo que a ação de improbidade administrativa já esteja em fase de recurso.*

DIREITO CIVIL

BEM DE FAMÍLIA

- *Admite-se a penhora do bem de família para saldar o débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel.*

PROPRIEDADE INTELECTUAL

- *É legal a cláusula contratual que confere à gravadora a propriedade dos masters de obra musical.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

- *Se for uma situação de urgência, o plano de saúde é obrigado a custear o parto mesmo que, no caso concreto, o plano da mãe não inclua serviços de obstetrícia.*

CONTRATOS BANCÁRIOS

- *O limite de desconto do empréstimo consignado não se aplica aos contratos de mútuo bancário em que o cliente autoriza o débito das prestações em conta-corrente.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CITAÇÃO

- *A juntada nos autos de simples manifestação da União informando o envio de ofício, antes de despacho determinando a sua citação para responder a ação, não configura comparecimento espontâneo apto a suprir a falta de citação.*

COMPETÊNCIA

- *A competência para julgar mandado de segurança contra ato do ato do Controlador-Geral do Distrito Federal é do juízo de 1ª instância (Vara da Fazenda Pública).*

COISA JULGADA

- *Nos casos em que já executado o título formado na primeira coisa julgada, ou se iniciada sua execução, deve prevalecer a primeira coisa julgada em detrimento daquela formada em momento posterior.*

DIREITO PENAL

LESÕES CORPORAIS

- *A qualificadora prevista no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal (deformidade permanente) abrange somente lesões corporais que resultam em danos físicos.*

ESTELIONATO

- *Cheque fraudado e competência para julgar o estelionato.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PRISÃO

- *Réu que, aproveitando-se de sua condição de médico, praticou crimes sexuais; prisão preventiva pode ser substituída por proibição do exercício da medicina e suspensão da inscrição médica.*

EXECUÇÃO PENAL (PRISÃO DOMICILIAR)

- *É possível aplicar a decisão do STF no HC 143641/SP ou o art. 318-A do CPP para os casos de cumprimento definitivo da pena em que a acusada foi condenada aos regimes fechado ou semiaberto?*

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

- *O incentivo fiscal outorgado por Estado-membro por meio de desoneração relativa ao ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e CSLL.*
- *Atendidos os requisitos previstos em lei, é legítima a submissão de empresas a Regime Especial de Fiscalização, salvo comprovação de que as medidas inviabilizem indevidamente o livre exercício da atividade econômica.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O acordo de não persecução cível pode ser celebrado mesmo que a ação de improbidade administrativa já esteja em fase de recurso

Importante!!!

Tema já apreciado no Info 686-STJ

ODS 16

É possível a homologação judicial de acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal.

STJ. 1ª Seção. EAREsp 102.585-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

Acordo de não persecução cível

O acordo de não persecução cível é um negócio jurídico firmado entre o Ministério Público e o suposto autor do ato de improbidade administrativa segundo o qual este último se compromete a cumprir certas condições e, em troca, não será condenado por improbidade administrativa.

É possível a realização desse acordo?

Atualmente, sim. Vale ressaltar, contudo, que, até a Lei nº 13.964/2019, isso era proibido:

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA		
Antes da Lei 13.964/2019	Depois da Lei 13.964/2019	Depois da Lei 14.230/2021
Era proibida a realização de transação, acordo ou conciliação envolvendo improbidade administrativa.	Passou a ser permitido acordo de não persecução cível em improbidade administrativa. Contudo, não havia ainda uma regulamentação detalhada.	Passou a disciplinar, de forma mais detalhada, o acordo de não persecução cível envolvendo improbidade administrativa.

Desse modo, a Lei nº 14.230/2021 detalhou, no novo art. 17-B, as regras do acordo de não persecução cível. Veja abaixo um resumo desse instrumento de negociação.

Tratativas para o acordo

As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor (§ 5º do art. 17-B).

O juiz não participa das negociações.

Resultados que devem ser obtidos

O acordo de não persecução cível somente poderá ser celebrado se dele advier, ao menos, os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Em que momento o acordo pode ser celebrado?

Antes da Lei 14.230/2021	Depois da Lei 14.230/2021
A Lei de Improbidade não tratava expressamente sobre isso. Mesmo assim, havia julgados do STJ afirmando que o acordo poderia ser celebrado mesmo em fase recursal: É possível acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal. STJ. 1ª Turma. Acordo no AREsp 1314581/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 23/02/2021 (Info 686).	Foi inserido o § 4º no art. 17-B da Lei nº 8.492/92 dizendo que o acordo poderá ser celebrado: a) no curso da investigação de apuração do ilícito; b) no curso da ação de improbidade; ou c) no momento da execução da sentença condenatória. § 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Desse modo, seja antes ou depois da Lei nº 14.230/2021, para o STJ:

É possível a homologação judicial de acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal.

STJ. 1ª Seção. EAREsp 102.585-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

Requisitos

A celebração do acordo dependerá do preenchimento de três requisitos cumulativos:

- 1) a oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;
- 2) aprovação, no prazo de até 60 dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;
- 3) homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Obs: a pessoa jurídica interessada não detém legitimidade para celebrar o acordo de não persecução cível. Ainda assim, é necessária sua prévia oitiva.

Outros aspectos que deverão ser analisados

Em qualquer caso, a celebração do acordo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Determinação de mecanismos de compliance

O acordo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas (§ 6º do art. 17-B).

Como calcular o valor a ser ressarcido?

Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 dias (§ 3º do art. 17-B).

Se houver descumprimento do acordo

Em caso de descumprimento do acordo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento (§ 7º do art. 17-B).

DIREITO CIVIL

BEM DE FAMÍLIA

Admite-se a penhora do bem de família para saldar o débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel

Importante!!!

ODS 16

Exemplo hipotético: João tinha um terreno vazio e contratou uma construtora para edificar uma casa no local. O contrato celebrado foi do tipo “empreitada global”, ou seja, a empresa foi contratada para construir a casa fornecendo todo o material necessário. A casa foi entregue, mas João deixou de pagar as últimas parcelas do contrato. Diante disso, a empresa ajuizou execução contra o devedor e o juiz determinou a penhora da casa, mesmo sendo bem de família. Isso é permitido com base na inciso II do art. 3º da Lei nº 8.009/90:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

O intuito do legislador ao prever a exceção legal ora tratada foi o de evitar que aquele que contribuiu para a aquisição ou construção do imóvel ficasse impossibilitado de receber o seu crédito. Nesse cenário, é nítida a preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.976.743-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

Espécies de bem de família

No Brasil, atualmente, existem duas espécies de bem de família:

- a) bem de família convencional ou voluntário (arts. 1711 a 1722 do Código Civil);
- b) bem de família legal (Lei nº 8.009/90).

Bem de família legal

O bem de família legal consiste no imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do Código Civil (bem de família convencional).

Proteção conferida ao bem de família legal

O bem de família legal é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/90.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João tinha um terreno vazio e contratou a empresa Constrói Ltda. para construir uma casa no local. O contrato celebrado foi do tipo “empreitada global”. Isso ocorre quando “o cliente contrata a empresa para realizar a obra, tomando esta total responsabilidade por seus custos e execução. O grande benefício desta empreitada é que o cliente não tem preocupação alguma com a execução da obra a não ser o pagamento dos valores acordados nas datas corretas, recebendo ao final do prazo estipulado uma construção sólida, a um custo previamente acordado, pronta para utilização.” (<http://www.atilaengenharia.com.br/>)

João combinou de pagar R\$ 500 mil a empresa pela construção da casa, de forma parcelada em 10 vezes. Ocorre que ele não pagou as últimas parcelas do contrato com a empresa e ficou devendo o valor de R\$ 100 mil, materializado em notas promissórias.

Diante disso, a empresa ajuizou execução de título extrajudicial contra João e o juiz determinou a penhora da casa que foi construída, onde o devedor reside.

João apresentou exceção de pré-executividade alegando que o imóvel é bem de família e, portanto, impenhorável.

A empresa contra argumentou afirmando que a dívida em questão se amolda à exceção legal prevista no art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

A questão chegou até o STJ. A penhora sobre o imóvel foi mantida?

SIM.

Como vimos acima, o bem de família é impenhorável, mas essa regra não é absoluta. O próprio art. 3º da Lei nº 8.009/90 prevê uma série de exceções à impenhorabilidade.

O inciso II do art. 3º, acima transcrito, afirma que, se o devedor tomou dinheiro emprestado para financiar a construção ou a aquisição do imóvel, o credor (que emprestou essa quantia) poderá pedir a penhora do bem de família do mutuário.

Verifica-se, portanto, que a situação descrita no inciso II do art. 3º não é idêntica ao caso acima narrado.

O STJ, no entanto, afirmou que, mesmo assim, é possível aplicar o raciocínio do inciso II para essa hipótese.

Em outras palavras, é possível aplicar o inciso II do art. 3º para a cobrança de dívida relacionada com o contrato de empreitada global, por meio do qual o empreiteiro se obriga a construir a obra e a fornecer os materiais.

Essa aplicação é baseada na interpretação teleológica do dispositivo. O intuito do legislador ao prever a exceção legal ora tratada foi o de evitar que aquele que contribuiu para a aquisição ou construção do imóvel ficasse impossibilitado de receber o seu crédito.

Nesse cenário, é nítida a preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros.

Em sentido semelhante:

O crédito oriundo de contrato de empreitada para a construção, ainda que parcial, de imóvel residencial, encontra-se nas exceções legais à impenhorabilidade do bem de família.

Ex: João comprou uma casa antiga para reformar e passar a morar ali com a família. Ele contratou a empresa FB Engenharia para fazer a reforma. A empresa terminou o serviço e João passou a residir no local. Ocorre que ele não pagou as últimas parcelas do contrato com a empresa e ficou devendo R\$ 40 mil, materializado em notas promissórias. O imóvel onde João reside poderá ser penhorado para pagar a dívida, sendo essa uma exceção à impenhorabilidade do bem de família. Fundamento: art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

STJ. 4ª Turma. REsp 1221372-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 15/10/2019 (Info 658).

Conforme argumentou o Min. Marco Buzzi:

“quando o legislador utilizou a palavra financiamento, não objetivou restringir a regra da impenhorabilidade somente às hipóteses nas quais a dívida assumida seria quitada com recursos de terceiros (agentes financiadores), mas sim que, quando o encargo financeiro anunciado - operação de crédito - fosse voltado à aquisição ou construção de imóvel residencial, ao credor seria salvaguardado o direito de proceder à penhora do bem.

Entendimento em outro sentido premiaria o comportamento contraditório do devedor e ensejaria o seu inegável enriquecimento indevido, haja vista que lhe bastaria assumir o compromisso de quitar a obrigação com recursos próprios para estar autorizado, nos termos da lei, a se locupletar ilicitamente.”

Portanto, a dívida relativa a contrato de empreitada global, porque viabiliza a construção do imóvel, está abrangida pela exceção prevista no art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90.

Dito de outro modo: admite-se a penhora do bem de família para saldar o débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel.

Em suma:

Admite-se a penhora do bem de família para saldar o débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.976.743-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

PROPRIEDADE INTELECTUAL

É legal a cláusula contratual que confere à gravadora a propriedade dos masters de obra musical

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: na década de 1960, o grande cantor João Gilberto celebrou contratos com a gravadora EMI para a gravação de discos de vinil (Long Plays – LPs). O contrato chegou ao fim e, em 2013, o cantor ajuizou ação contra a gravadora pedindo a devolução das fitas masters dos LP's gravados. O pedido não foi acolhido.

A fita master (também chamada apenas de master) é o resultado final do processo de criação. O master pode ser copiado em vinil, CD ou fita magnética e constitui um fonograma, para os fins do art. 5º, IX, da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

O direito autoral distingue o corpus mysticum do corpus mechanicum:

a) **corpus mysticum:** é a criação autoral propriamente dita, ou seja, é a obra imaterial fruto do espírito criativo humano;

b) **corpus mechanicum:** é o meio físico no qual essa criação autoral se encontra materializada.

O master, assim como as cópias que dela podem ser extraídas, são classificadas como bens corpóreos (*corpus mechanicum*) e, nessa condição, podem ser alienados. Isso significa que a gravadora comprou esses bens corpóreos (fitas masters), sendo plenamente válida essa aquisição. Quem adquire um livro ou um vinil passa a ser o proprietário desse objeto, desse corpus mechanicum. Se o compositor/intérprete de uma canção não pode reivindicar a posse/propriedade de um vinil já comercializado com fundamento em uma suposta transmutação operada pelo seu direito moral de autor, tampouco pode fazê-lo em relação aos masters, uma vez que estes são apenas uma forma diferenciada de apresentação do mesmo fonograma.

Não se vislumbra, por essa razão, nenhuma ilegalidade flagrante na cláusula contratual que conferiu a propriedade dos masters à gravadora.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.727.950-RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Na década de 1960, o grande cantor João Gilberto celebrou contratos com a gravadora EMI-MUSIC BRASIL LTDA (EMI) para a gravação de discos de vinil.

Na década de 1990, a gravadora relançou alguns desses discos de vinil, remasterizados, em formato de CD (compact disk).

Em 1997, João Gilberto ajuizou ação contra EMI na qual a gravadora foi condenada a pagar indenização ao autor pela remasterização não autorizada de suas músicas em Compact Disks (CD's). Além disso, a gravadora ficou proibida de produzir e comercializar a obra musical do artista sem a sua prévia autorização. Este processo passou pelo STJ (REsp 1.098.626/RJ) tendo havido trânsito julgado.

Em 2013, o cantor João Gilberto ajuizou nova ação contra a gravadora EMI pedindo agora a devolução das fitas masters dos Long Plays (LP's) gravados pelo autor nessa gravadora.

Long Play (disco de vinil)

O Long Play era como se chamava, em inglês, o antigo disco de vinil, ou seja, o disco no qual se armazenavam as músicas até a década de 1990, quando se popularizou o CD.



Fitas masters

A fita master, em uma linguagem simplificada, é a fita magnética na qual foi armazenada a gravação original da música.

As fitas masters têm um grande valor comercial porque em casos de músicas mais antigas, essas são a fonte mais fidedigna da gravação. A partir da fita masters é possível fazer cópias das gravações com uma melhor qualidade.

Existem empresas e pessoas que buscam ao redor do mundo obter as fitas masters de grandes clássicos da música, possuindo, portanto, um alto valor comercial.

Voltando ao caso concreto:

Conforme já mencionado, em 2013, João Gilberto ajuizou essa segunda ação contra a EMI pedindo a devolução das fitas masters.

O juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido, sob o entendimento de que os masters teriam sido contratualmente adquiridos pela EMI, não havendo obstáculo jurídico à reprodução e exploração econômica daqueles fonogramas originais.

O TJ/RJ também reconheceu que a EMI teria a legítima propriedade das fitas masters. Isso porque afirmou que essas fitas pertencem à gravadora por força dos contratos celebrados com o artista e que ainda estariam em vigor e produzindo efeitos.

O TJ afirmou que a EMI poderia, inclusive, continuar produzindo e comercializando a obra do cantor em formato vinil, estando vedada, apenas, a remasterização das canções e a comercialização das gravações originais em mídias diversas daquelas que existiam na época dos contratos (CD, DVD, streaming etc.), nos termos do art. 49, V, da Lei nº 9.610/98:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

(...)

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

Considerando que os masters foram criados justamente para permitir a reprodução das canções em LP's e tendo em vista que existe, em tese, interesse econômico por parte da gravadora na comercialização desses discos em vinil haveria justificativa para manter a EMI na posse desses bens.

No recurso especial, insistiu-se na tese de que deveria haver a devolução das fitas masters das canções interpretadas por João Gilberto. Um dos argumentos foi o de que seria nula a cláusula contratual que preveja a transferência definitiva da propriedade dos fonogramas originais à gravadora. O STJ concordou com esse pedido?

NÃO.

Conforme explicado acima, a 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.098.626/RJ, reconheceu que a gravadora violou os direitos morais de João Gilberto ao modificar os fonogramas primitivos para comercialização das canções em CD's. Justamente por isso, como já dito, a EMI foi condenada a pagar indenização por danos morais e materiais, ficando proibida também de produzir e comercializar a obra indevidamente alterada.

Esse acórdão transitou em julgado.

Vale ressaltar, contudo, que neste primeiro processo (REsp 1.098.626/RJ) não se proibiu que a gravadora produzisse e comercializasse novos Long Plays (LP's) contendo as versões originais da obra musical. Em outras palavras, os discos de vinis não foram proibidos porque o STJ entendeu que os contratos ainda permaneceriam válidos e eficazes.

Da mesma forma, nesse primeiro processo não se discutiu a propriedade das fitas masters.

A fita master (também chamada apenas de master) é o resultado final do processo de criação. O master pode ser copiado em vinil, CD ou fita magnética e constitui um **fonograma**, para os fins do art. 5º, IX, da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

Isso é fundamental, porque o direito autoral distingue de forma muito clara o *corpus mysticum* do *corpus mechanicum*:

a) *corpus mysticum*: é a criação autoral propriamente dita, ou seja, é a obra imaterial fruto do espírito criativo humano;

b) *corpus mechanicum*: é o meio físico no qual essa criação autoral se encontra materializada.

Tanto a matriz (master) como as cópias que dela podem ser extraídas são classificadas, em última análise, como bens corpóreos (*corpus mechanicum*) e, nessa condição, podem ser alienadas. Isso significa que a gravadora, nos contratos assinados há muitos anos, comprou esses bens corpóreos (*fitas masters*), sendo plenamente válida essa aquisição.

Quem adquire um livro ou um vinil passa a ser o proprietário desse objeto, desse *corpus mechanicum*. Se o compositor/intérprete de uma canção não pode reivindicar a posse/propriedade de um vinil já comercializado com fundamento em uma suposta transmutação operada pelo seu direito moral de autor, tampouco pode fazê-lo em relação aos masters, uma vez que estes são apenas uma forma diferenciada de apresentação do mesmo fonograma.

Não se vislumbra, por essa razão, nenhuma ilegalidade flagrante na cláusula contratual que conferiu a propriedade dos masters à gravadora.

O direito moral do autor, intangível e imprescritível, não pode suplantir o direito da sociedade de usufruir das manifestações das culturas populares tão caras a qualquer nação.

Em suma:

É legal a cláusula contratual que confere à gravadora a propriedade dos masters de obra musical.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.727.950-RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

Se for uma situação de urgência, o plano de saúde é obrigado a custear o parto mesmo que, no caso concreto, o plano da mãe não inclua serviços de obstetrícia

Importante!!!

A operadora de plano de saúde tem o dever de cobrir parto de urgência, por complicações no processo gestacional, ainda que o plano tenha sido contratado na segmentação hospitalar sem obstetrícia.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.947.757-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina é cliente de um determinado plano de saúde há alguns anos.

Ela ficou grávida.

Vale ressaltar que Regina sabia que seu parto não seria custeado pela operadora considerando que o seu contrato não oferecia cobertura para serviços de obstetrícia (era um plano de saúde hospitalar sem obstetrícia).

Quando estava com 7 meses de gestação, Regina passou mal e foi levada às pressas a um hospital conveniado ao plano de saúde.

O médico que atendeu a mulher constatou que o nascituro estava em sofrimento fetal e que havia a necessidade urgente de realização do parto.

O parto, contudo, não foi autorizado pelo plano de saúde porque, conforme já explicado acima, o contrato firmado com Regina não oferecia obstetrícia.

Regina não tinha condições de pagar o valor cobrado e o hospital também se recusou a realizar o parto sem a contraprestação, orientando a mulher a procurar uma unidade médica vinculada ao SUS.

Depois de algumas horas, o marido de Regina conseguiu transferi-la para um hospital público, onde foi feito o parto.

Vale ressaltar, porém, que, em razão da demora acima narrada, a criança nasceu com lesões neurológicas causadas pela falta de oxigênio.

Regina ajuizou ação de indenização por danos morais contra o plano de saúde e o hospital particular que recusaram o parto.

Vejamos alguns aspectos jurídicos relacionados com o tema.

É possível a contratação de um plano de saúde com segmentação hospitalar sem obstetrícia?

SIM. A Lei nº 9.656/98 autoriza a contratação de planos de saúde na segmentação hospitalar com ou sem obstetrícia.

Regina, que estava grávida, passou mal e foi internada. Essa internação estava coberta pelo plano?

SIM. Mesmo o plano de saúde hospitalar sem obstetrícia (como era o caso), garante, como cobertura mínima, a internação hospitalar, sem limitação de prazo (art. 12, II). O que ficam excluídos são os procedimentos obstétricos.

Assim, de acordo com a Lei nº 9.656/98, o plano era obrigado a custear a internação de Regina. O que o plano não tinha, em situações normais, era a obrigação de custear o parto. Isso porque, em regra, para ter direito à cobertura do parto pelo plano de saúde, a beneficiária precisa ter contratado a segmentação hospitalar com obstetrícia.

No caso concreto, o plano de saúde deveria ter custeado o parto do filho de Regina?

SIM. Isso porque se tratava de um parto de urgência.

O art. 35-C da Lei nº 9.656/98 afirma que os planos de saúde são obrigados a atender situações envolvendo urgência e emergência:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

Nessa linha, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) editou a Resolução nº 13/98 que disciplina “a cobertura do atendimento nos casos de urgência e emergência”.

O art. 4º dessa Resolução determina que os planos de saúde prestem o atendimento de urgência e emergência quando se referirem à gestação:

Art. 4º Os contratos de plano hospitalar, com ou sem cobertura obstétrica, deverão garantir os atendimentos de urgência e emergência quando se referirem ao processo gestacional.

Vale ressaltar, ainda, que o art. 7º da Resolução CONSU nº 13/98 prevê que as operadoras de planos de saúde devem custear a remoção da paciente, após os atendimentos de urgência e emergência, quando ficar caracterizado a falta de recursos oferecidos pela unidade de atendimento para continuidade de atenção ou pela necessidade de internação para os usuários de plano de segmentação ambulatorial.

Diante desse arcabouço normativo, conclui-se que o plano de saúde não poderia se eximir de fazer a cobertura do parto, naquele caso concreto, porque se tratava de um atendimento de urgência.

A recusa do plano de saúde gerou direito à indenização por dano moral?

SIM. A recusa indevida de cobertura, pela operadora de plano de saúde, nos casos de urgência ou emergência, enseja reparação a título de dano moral, em razão do agravamento ou aflição psicológica ao beneficiário, ante a situação vulnerável em que se encontra (STJ. 4ª Turma. AgInt no AgInt no REsp 1.804.520/SP, DJe de 02/04/2020).

O hospital também pode ser responsabilizado no caso?

SIM. Existe responsabilidade solidária entre a operadora de plano de saúde e o hospital conveniado pela reparação dos prejuízos sofridos pela beneficiária do plano decorrente da má prestação dos serviços, configurada, na espécie, pela negativa indevida de cobertura e não realização do atendimento médico-hospitalar de parto de urgência de que necessitava a beneficiária. Nesse sentido: STJ. 3ª Turma. REsp 1695781/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/11/2017.

Em suma:

A operadora de plano de saúde tem o dever de cobrir parto de urgência, por complicações no processo gestacional, ainda que o plano tenha sido contratado na segmentação hospitalar sem obstetrícia.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.947.757-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

CONTRATOS BANCÁRIOS

O limite de desconto do empréstimo consignado não se aplica aos contratos de mútuo bancário em que o cliente autoriza o débito das prestações em conta-corrente

Importante!!!

Tema já apreciado no Info 612-STJ

ODS 16

São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.863.973-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 09/03/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1085) (Info 728).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é servidor público aposentado e recebe seus proventos no Banco do Brasil.

João fez contrato de mútuo com o banco e as parcelas são descontadas diretamente de conta-corrente todas as vezes em que é depositado algum dinheiro (ex: quando é depositada a aposentadoria).

Trata-se, portanto, de contrato de mútuo bancário comum, em que há expressa autorização do mutuário para que o pagamento se dê por meio de descontos mensais em sua conta-corrente.

Passados alguns meses, João começou a enfrentar dificuldades financeiras. Isso porque cerca de 50% do valor depositado é descontado para o pagamento das parcelas dos empréstimos.

Diante disso, João ingressou com ação judicial contra o banco pedindo para limitar o desconto em conta-corrente ao percentual previsto no art. 45 da Lei nº 8.112/90 e no art. 1º da Lei nº 10.820/2003:

Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

§ 1º Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

§ 2º O total de consignações facultativas de que trata o § 1º não excederá a 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração mensal, sendo 5% (cinco por cento) reservados exclusivamente para:

I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou

II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

§ 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para:

I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou

II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

§ 2º O regulamento disporá sobre os limites de valor do empréstimo, da prestação consignável para os fins do caput e do comprometimento das verbas rescisórias para os fins do § 1º deste artigo.

§ 3º Os empregados de que trata o caput poderão solicitar o bloqueio, a qualquer tempo, de novos descontos.

§ 4º O disposto no § 3º não se aplica aos descontos autorizados em data anterior à da solicitação do bloqueio.

§ 5º Nas operações de crédito consignado de que trata este artigo, o empregado poderá oferecer em garantia, de forma irrevogável e irretroatável, até 10% (dez por cento) do saldo de sua conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e até 100% (cem por cento) do valor da multa paga pelo empregador, em caso de despedida sem justa causa ou de despedida por culpa recíproca ou força maior, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 6º A garantia de que trata o § 5º só poderá ser acionada na ocorrência de despedida sem justa causa, inclusive a indireta, ou de despedida por culpa recíproca ou força maior, não se aplicando, em relação à referida garantia, o disposto no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.036, de 1990.

Importante registrar que a Lei nº 14.131/2021, recentemente, ampliou, até 31/12/2021, esse limite:

Art. 1º Até 31 de dezembro de 2021, o percentual máximo de consignação nas hipóteses previstas no inciso VI do caput do art. 115 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, no § 1º do art. 1º e no § 5º do art. 6º da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, e no § 2º do art. 45 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem como em outras leis que vierem a sucedê-las no tratamento da matéria, será de 40% (quarenta por cento), dos quais 5% (cinco por cento) serão destinados exclusivamente para:

I - amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou

II - utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Parágrafo único. Quando leis ou regulamentos locais não definirem percentuais maiores do que os previstos no caput deste artigo, o aumento, na forma prevista nesta Lei, do percentual máximo de remuneração, de soldo ou de benefício previdenciário que pode ser descontado automaticamente para fins de pagamento de operações de crédito aplica-se também a:

I - militares das Forças Armadas;

II - militares dos Estados e do Distrito Federal;

III - militares da inatividade remunerada;

IV - servidores públicos de qualquer ente da Federação;

V - servidores públicos inativos;

VI - empregados públicos da administração direta, autárquica e fundacional de qualquer ente da Federação; e

VII - pensionistas de servidores e de militares.

Art. 2º Após 31 de dezembro de 2021, na hipótese de as consignações contratadas nos termos e no prazo previstos no art. 1º desta Lei ultrapassarem, isoladamente ou combinadas com outras consignações anteriores, o limite de 35% (trinta e cinco por cento) previsto no inciso VI do caput do art. 115 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, no § 1º do art. 1º e no § 5º do art. 6º da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, e no § 2º do art. 45 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, será observado o seguinte:

I - ficarão mantidos os percentuais de desconto previstos no art. 1º desta Lei para as operações já contratadas;

II - ficará vedada a contratação de novas obrigações.

O STJ acolheu o pedido do autor?

NÃO. Vamos entender as razões.

Empréstimo consignado x débito em conta-corrente autorizado pelo cliente

A primeira informação importante a ser ressaltada é que o contrato feito por João não se trata de consignação em folha de pagamento.

Na consignação em folha de pagamento, antes mesmo de a pessoa receber sua remuneração/proventos, já há o desconto da quantia, o que é efetuado pelo próprio órgão ou entidade pagadora. Em outras palavras, há um desconto direto no salário, remuneração ou aposentadoria, com a participação do empregador/órgão público.

Aqui a situação é diferente. A remuneração/aposentadoria é integralmente depositada na conta-corrente e, em seguida, são efetuados os descontos das parcelas da prestação por força de previsão contratual.

Vale ressaltar que, no empréstimo consignado em folha de pagamento, se é depositada na conta do devedor uma quantia referente a outra fonte de renda (ex: um “bico” feito pelo mutuário) ou a doação de amigo, tal quantia não entrará no desconto. Por outro lado, se foi um mútuo com autorização para desconto na conta-corrente, tais valores poderão ser utilizados para abater o empréstimo.

Veja, por fim, uma terceira distinção: ao contrário do que sucede com o crédito consignado, no caso do débito em conta-corrente autorizado pelo cliente, o empregado/aposentado poderia, em tese, solicitar do empregador o pagamento do salário/aposentadoria em outro banco, arcando com as consequências do inadimplemento. Em outras palavras, em tese, João poderia pedir ao órgão pagador que depositasse sua aposentadoria no banco Bradesco. Neste caso, o valor seria depositado integralmente nessa outra instituição financeira e o Banco do Brasil teria que ingressar com uma execução, por exemplo, contra o devedor. No caso do empréstimo consignado, todavia, essa possibilidade não está ao alcance do mutuário.

Limitação prevista nas leis é para empréstimos consignados

A limitação trazida pelo art. 45 da Lei nº 8.112/90 e pelo art. 1º da Lei nº 10.820/2003 refere-se à consignação em folha de pagamento (e não para o desconto das prestações do empréstimo contratado). Dessa forma, o percentual máximo previsto nessas leis somente se justifica nas hipóteses que ela expressamente delimita (consignação ou desconto **na folha de pagamento**), não se podendo afastar da máxima segundo a qual a lei não contém palavras inúteis ou desnecessárias. A aplicação da analogia, no presente caso, significaria restringir o direito do credor, além de violar o princípio da autonomia privada.

O desconto não era em conta-salário

Importante esclarecer também que os descontos eram efetuados na conta-corrente do devedor (e não em uma conta-salário). É relevante dizer isso porque a conta-salário tem uma disciplina jurídica própria, servindo apenas para o crédito de salário, não admitindo descontos facultativos e sequer a entrega de talão de cheques.

Não se trata, portanto, de penhora de salário nem de consignação em pagamento, mas sim de desconto livremente pactuado e autorizado pelo devedor, em benefício próprio, tendo em vista que as taxas de juros aplicáveis para esse tipo de mútuo são menores do que outras espécies de empréstimo.

Veja a tese fixada pelo STJ a respeito do tema:

São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.863.973-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

Empréstimo consignado

Conforme já explicado acima, o empréstimo consignado possui peculiaridades.

O Min. Marco Aurélio Bellizze assim explicou em seu voto:

“O empréstimo consignado apresenta-se como uma das modalidades de empréstimo com menores riscos de inadimplência para a instituição financeira mutuante, na medida em que o desconto das parcelas do mútuo dá-se diretamente na folha de pagamento do trabalhador regido pela CLT, do servidor público ou do segurado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, sem nenhuma ingerência por parte do mutuário/correntista, o que, por outro lado, em razão justamente da robustez dessa garantia, reverte em taxas de juros significativamente menores em seu favor, se comparado com outros empréstimos.

Uma vez ajustado o empréstimo consignado em folha de pagamento, não é dado ao mutuário, por expressa disposição legal, revogar a autorização concedida para que os descontos afetos ao mútuo ocorram diretamente em sua folha de pagamento, a fim de modificar a forma de pagamento ajustada.

Nessa modalidade de empréstimo, a parte da remuneração do trabalhador comprometida à quitação do empréstimo tomado não chega nem sequer a ingressar em sua conta-corrente, não tendo sobre ela nenhuma disposição. Sob o influxo da autonomia da vontade, ao contratar o empréstimo consignado, o mutuário não possui nenhum instrumento hábil para impedir a dedução da parcela do empréstimo a ser descontada diretamente de sua remuneração, em procedimento que envolve apenas a fonte pagadora e a instituição financeira.

É justamente em virtude do modo como o empréstimo consignado é operacionalizado que a lei estabeleceu um limite, um percentual sobre o qual o desconto consignado em folha não pode exceder. Revela-se claro o escopo da lei de, com tal providência, impedir que o tomador de empréstimo, que pretenda ter acesso a um crédito relativamente mais barato na modalidade consignado, acabe por comprometer sua remuneração como um todo, não tendo sobre ela nenhum acesso e disposição, a inviabilizar, por consequência, sua subsistência e de sua família.”

Mútuo bancário

Diversamente, nas demais espécies de mútuo bancário, o estabelecimento (eventual) de cláusula que autoriza o desconto de prestações em conta-corrente, como forma de pagamento, consubstancia uma faculdade dada às partes contratantes, como expressão de sua vontade, destinada a facilitar a operacionalização do empréstimo tomado, sendo, portanto, passível de revogação a qualquer tempo pelo mutuário.

Nesses empréstimos, o desconto automático que incide sobre numerário existente em conta-corrente decorre da própria obrigação assumida pela instituição financeira no bojo do contrato de conta-corrente de administração de caixa, procedendo, sob as ordens do correntista, aos pagamentos de débitos por ele determinados, desde que verificada a provisão de fundos a esse propósito.

Registre-se, inclusive, não se afigurar possível - consideradas as características intrínsecas do contrato de conta-corrente - à instituição financeira, no desempenho de sua obrigação contratual de administrador de caixa, individualizar a origem dos inúmeros lançamentos que ingressam na conta-corrente e, uma vez ali integrado, apartá-los, para então sopesar a conveniência de se proceder ou não a determinado pagamento, de antemão ordenado pelo correntista.

Desconto no mútuo bancário não é retenção indevida

Essa forma de pagamento não consubstancia indevida retenção de patrimônio alheio, na medida em que o desconto é precedido de expressa autorização do titular da conta-corrente, como manifestação de sua vontade, por ocasião da celebração do contrato de mútuo.

Desconto no mútuo bancário não é constrição de salários

Tampouco é possível equiparar o desconto em conta-corrente a uma dita constrição de salários, realizada por instituição financeira que, por evidente, não ostenta poder de império para tanto. Afinal, diante das características do contrato de conta-corrente, o desconto, devidamente avençado e autorizado pelo

mutuário, não incide, propriamente, sobre a remuneração ali creditada, mas sim sobre o numerário existente, sobre o qual não se tece nenhuma individualização ou divisão.

Como o mútuo comum é diferente do empréstimo consignado, não se pode aplicar a proteção deste último para aquele primeiro

Ressai de todo evidenciado, assim, que o mutuário tem em seu poder muitos mecanismos para evitar que a instituição financeira realize os descontos contratados, possuindo livre acesso e disposição sobre todo o numerário constante de sua conta-corrente.

Não se encontra presente nos empréstimos comuns, com desconto em conta-corrente, o fator de discriminação que justifica, no empréstimo consignado em folha de pagamento, a limitação do desconto na margem consignável estabelecida na lei de regência, o que impossibilita a utilização da analogia, com a transposição de seus regramentos àqueles.

Assim, o Poder Judiciário não pode promover aplicação analógica da lei do empréstimo consignado para um outro contrato (mútuo comum) que não tem nenhuma semelhança com o primeiro. Haveria, no caso, violação ao princípio da separação dos poderes.

Outros argumentos

A pretendida limitação dos descontos em conta-corrente, por aplicação analógica da Lei nº 10.820/2003, tampouco se revestiria de instrumento idôneo a combater o endividamento exacerbado, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário.

Essa pretensão, além de subverter todo o sistema legal das obrigações - afinal, tal providência, a um só tempo, teria o condão de modificar os termos ajustados, impondo-se ao credor o recebimento de prestação diversa, em prazo distinto daquele efetivamente contratado, com indevido afastamento dos efeitos da mora, de modo a eternizar o cumprimento da obrigação, num descabido dirigismo contratual - , não se mostraria eficaz, sob o prisma geral da economia, nem sequer sob o enfoque individual do mutuário, ao controle do superendividamento.

Tal proceder, sem nenhum respaldo legal, importaria numa infundável amortização negativa do débito, com o aumento mensal e exponencial do saldo devedor, sem que haja a devida conscientização do devedor a respeito do dito "crédito responsável", o qual, sob a vertente do mutuário, consiste na não assunção de compromisso acima de sua capacidade financeira, sem que haja o comprometimento de seu mínimo existencial. Além disso, a generalização da medida - sem conferir ao credor a possibilidade de renegociar o débito, encontrando-se ausente uma política pública séria de "crédito responsável", em que as instituições financeiras, por outro lado, também não estimulem o endividamento imprudente - redundaria na restrição e no encarecimento do crédito, como efeito colateral.

Por fim, a prevenção e o combate ao superendividamento, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário, não se dão por meio de uma indevida intervenção judicial nos contratos, em substituição ao legislador.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CITAÇÃO

A juntada nos autos de simples manifestação da União informando o envio de ofício, antes de despacho determinando a sua citação para responder a ação, não configura comparecimento espontâneo apto a suprir a falta de citação

ODS 3 E 16

Caso concreto: a autora ajuizou ação contra a União, o Estado-membro e o Município pleiteando o fornecimento de suplementação alimentar necessária para tratamento de uma doença. O Juiz Federal deferiu o pedido de tutela provisória de urgência (“deferiu a liminar”), determinando primeiramente, a intimação dos réus para o cumprimento da decisão e, em seguida, a citação.

O magistrado determinou, ainda, a intimação da autora para juntar aos autos três orçamentos do suplemento nutricional pedido na ação.

A Secretaria expediu os mandados de intimação (não expediu mandado de citação).

A União foi intimada da liminar e, alguns dias depois, peticionou ao juízo informando que foi enviado ofício ao Ministério da Saúde para fins de cumprimento da decisão antecipatória.

A autora juntou aos autos o orçamento do suplemento.

O Juiz proferiu novo despacho determinando o prosseguimento do feito com a citação dos réus. Ocorre que esse comando não foi cumprido pela Secretaria.

O Estado e o Município apresentaram contestação, mas a União, não o fez.

O Juiz proferiu sentença julgando procedente o pedido.

O STJ considerou que não houve citação válida da União. De igual modo, não se pode dizer que tenha havido comparecimento espontaneamente aos autos, apto a suprir a falta de citação, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC.

Houve quebra de legítima expectativa da União de que seria citada para oferta da contestação. Isso porque depois de a União ter informado sobre a expedição do ofício, o magistrado determinou a expedição de mandado de citação, o que não aconteceu.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.904.530-PE, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Luísa, criança de 5 anos, representada por sua mãe, ajuizou ação contra a União, o Estado da Paraíba e o Município de João Pessoa pleiteando o fornecimento de suplementação alimentar, em razão de ser portadora da doença de Crohn, e não possuir recursos financeiros para comprar o produto.

O Juiz Federal deferiu o pedido de tutela provisória de urgência (“deferiu a liminar”), determinando:

- primeiramente, a intimação dos réus para o cumprimento da decisão; e
- em seguida, a citação.

O magistrado determinou, ainda, a intimação da autora para juntar aos autos três orçamentos do suplemento nutricional pedido na ação.

A Secretaria expediu os mandados de intimação (não expediu mandado de citação).

A União foi intimada da liminar e, alguns dias depois, peticionou ao juízo informando que foi enviado ofício ao Ministério da Saúde para fins de cumprimento da decisão antecipatória.

A autora juntou aos autos o orçamento do suplemento.

O Juiz proferiu novo despacho determinando o prosseguimento do feito com a citação dos réus. Ocorre que esse comando não foi cumprido pela Secretaria. Em outras palavras, não foi expedido mandado de citação.

O Estado da Paraíba e o Município de João Pessoa apresentaram contestação. A União, não o fez.

O Juiz julgou o pedido procedente, confirmando a tutela provisória concedida.

A União interpôs apelação alegando que a sentença é nula, considerando que ela não foi citada, tendo sido apenas intimada da decisão que concedeu a tutela provisória de urgência.

A autora apresentou contrarrazões alegando que a União compareceu espontaneamente aos autos, ficando suprida a falta de citação, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC:

Art. 239 (...)

§ 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.

O Tribunal Regional Federal deu provimento à apelação para anular a sentença.

Irresignada, a autora interpôs recurso especial insistindo na tese de que houve comparecimento espontâneo da União apto a suprir a falta de citação.

O STJ concordou com a autora? No caso concreto, houve comparecimento espontâneo da União?
NÃO.

Na hipótese, a União manifestou-se nos autos tão somente para informar que teria enviado ofício ao Ministério da Saúde para o cumprimento da decisão liminar.

Depois disso, o Juiz proferiu despacho determinando a citação dos réus para responder a ação, o que não foi feito pela Secretaria.

Diante da cronologia processual acima narrada, não há como se reconhecer o suprimento da citação, haja vista que a simples manifestação da União informando o envio de ofício não configura comparecimento espontâneo ao processo.

É inafastável a conclusão de que houve quebra de legítima expectativa da União de que seria citada para oferta da contestação. Isso porque depois de a União ter informado sobre a expedição do ofício, o magistrado determinou a expedição de mandado de citação, o que não aconteceu.

Diante de tais constatações, explicada a situação peculiar ocorrida no caso concreto, não se pode considerar que o referido comparecimento da União para informar sobre o ofício tenha servido para suprir a citação.

No caso concreto, o que se tem é que a citação foi devidamente ordenada, mas não cumprida.

Em suma:

A juntada nos autos de simples manifestação da União informando o envio de ofício, antes de despacho determinando a sua citação para responder a ação, não configura comparecimento espontâneo apto a suprir a falta de citação.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.904.530-PE, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

COMPETÊNCIA

A competência para julgar mandado de segurança contra ato do ato do Controlador-Geral do Distrito Federal é do juízo de 1ª instância (Vara da Fazenda Pública)

ODS 16

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não tem competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal.

Compete ao TJDF julgar mandado de segurança contra atos dos Secretários de Governo do Distrito Federal e dos Territórios. Ocorre que o Controlador-Geral do Distrito Federal não é considerado Secretário de Governo, para fins de competência do TJDF.

STJ. 2ª Turma. RMS 57.943-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Determinada empresa venceu licitação e assinou contrato administrativo com o Governo do Distrito Federal.

Ocorre que essa empresa não cumpriu suas obrigações contratuais, razão pela qual o Controlador-Geral do Distrito Federal aplicou contra ela a sanção de inidoneidade, prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93 (art. 156, IV, da Lei nº 14.133/2021):

LEI 8.666/93	LEI 14.133/2021
Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.	Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

A empresa não concordou com a punição e impetrou mandado de segurança contra o ato do Controlador-Geral.

O writ foi ajuizado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Por que o MS foi impetrado no TJDFT, e não perante o juízo de 1ª instância?

A empresa impetrante argumentou que o art. 15 do Decreto Distrital nº 36.236/2015 (vigente na época dos fatos*) previa que a Controladoria Geral do Distrito Federal possui status equivalente a Secretaria de Estado.

Por sua vez, o art. 8º, I, “c”, da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei Federal nº 11.697/2008) afirma que compete ao TJDFT processar e julgar originariamente os mandados de segurança contra atos dos Secretários de Governo do Distrito Federal e dos Territórios.

Logo, como o Controlador-Geral do DF seria equivalente a um Secretário, o MS contra ato dele seria de competência do TJDFT.

A linha de argumentação da impetrante está correta? A competência é realmente do TJDFT?

NÃO.

Antes do Decreto Distrital nº 36.236/2015 existiam dois órgãos relacionados com o controle da Administração Pública no DF:

- a Secretaria de Estado de Transparência e Controle – STC; e
- a Controladoria-Geral do Distrito Federal – CGDF.

Esses dois órgãos eram integrantes do Sistema de Correição do Distrito Federal - SICOR/DF e ambos tinham a finalidade de prevenir e apurar irregularidades no Poder Executivo (Lei nº 4.938/2012).

Com a edição do Decreto Distrital nº 36.236/2015, a Secretaria de Estado da Transparência foi renomeada para Controladoria-Geral do Distrito Federal (art. 8º, § 1º). Ocorre que este órgão já existia, situação que leva ao entendimento de que teria havido, na verdade, uma absorção de um órgão por outro.

Além disso, é importante ressaltar que a competência funcional, disciplinada na LOJDF, é matéria reservada à lei federal, restando, portanto, inadmissível que ato do governo local (Decreto) se sobreponha à lei, em flagrante violação ao princípio da hierarquia das normas.

Os efeitos desse Decreto estão limitados ao âmbito do funcionamento da Administração Pública Distrital. O que esse Decreto quer dizer é apenas que a Controladoria possui a autonomia necessária ao desempenho das suas atribuições, mas sem que isso signifique, por óbvio, a possibilidade de alterar a competência jurisdicional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Com isso, verifica-se que a Controladoria-Geral não pode ser considerada uma secretaria para o fim de alteração da competência jurisdicional.

Diante desse contexto, a competência deve ser da 1ª instância, mais especificamente da Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, nos termos do art. 26 da Lei Federal nº 11.697/2008 (LOJDF):

Art. 26. Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar:
(...)

III - os mandados de segurança contra atos de autoridade do Governo do Distrito Federal e de sua administração descentralizada.

Em suma:

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não tem competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal.

STJ. 2ª Turma. RMS 57.943-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

* o Decreto nº 36.236/2015 foi, posteriormente, revogado pelo Decreto Distrital nº 39.610/2019.

COISA JULGADA

Nos casos em que já executado o título formado na primeira coisa julgada, ou se iniciada sua execução, deve prevalecer a primeira coisa julgada em detrimento daquela formada em momento posterior

Importante!!!

ODS16

Em regra, se houver conflito entre sentenças transitadas em julgado deve valer a coisa julgada formada por último, enquanto não invalidada por ação rescisória (STJ. Corte Especial. EAREsp 600811/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 04/12/2019).

Exceção: nos casos em que já executado o título formado na primeira coisa julgada, ou se iniciada sua execução, deve prevalecer a primeira coisa julgada em detrimento daquela formada em momento posterior.

STJ. 2ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.930.955-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

CONFLITO DE SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO E DECISÃO DO STJ NO EARESP 600.811/SP

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ajuizou ação de cobrança contra a empresa “XYZ”, tendo o pedido sido julgado improcedente, decisão que transitou em julgado.

Alguns anos depois, João ajuizou novamente a mesma ação de cobrança contra a empresa e, por desorganização desta, não se percebeu que já havia coisa julgada em favor da ré. O processo seguiu normalmente seu curso e o pedido foi julgado procedente, tendo transitado em julgado.

Repare, portanto, que temos duas ações, com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, ambas transitadas em julgado e com decisões diferentes, a primeira improcedente, a segunda procedente.

João ingressou com pedido de cumprimento de sentença em relação ao segundo processo (no qual ele ganhou).

Quando a empresa foi intimada, um advogado antigo da empresa lembrou do primeiro processo e avisou ao novo escritório de advocacia, que estava cuidando do caso. A empresa executada apresentou, então, exceção de pré-executividade alegando que a segunda sentença seria nula por ter violado a coisa julgada.

Caso haja duas sentenças transitadas em julgado envolvendo as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, qual delas deverá prevalecer?

Esse é um tema de grande relevância e polêmica na doutrina, sendo possível encontrar posições antagônicas de renomados autores do processo civil. Confira:

Deverá prevalecer a 1ª coisa julgada	Deverá prevalecer a 2ª coisa julgada
Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, Araken de Assis, Teresa Wambier, Sérgio Gabriel Porto, Sálvio de Figueiredo Teixeira.	Pontes de Miranda, Vicente Greco Filho, Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Jr. Os que sustentam essa posição defendem que a segunda sentença deverá prevalecer até que seja desconstituída por meio de ação rescisória. Passado o prazo, não há mais jeito.

Qual das duas posições foi acolhida pelo STJ? Qual coisa julgada deverá prevalecer?

Em regra, a segunda.

Havendo conflito entre sentenças transitadas em julgado deve valer a coisa julgada formada por último, enquanto não invalidada por ação rescisória.

STJ. Corte Especial. EAREsp 600811/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 04/12/2019.

Veja trechos da ementa desse julgado:

(...) 1. A questão debatida neste recurso, de início, reporta-se à divergência quanto à tese firmada no aresto embargado de que, no conflito entre duas coisas julgadas, prevaleceria a primeira decisão que transitou em julgado. Tal entendimento conflita com diversos outros julgados desta Corte Superior, nos quais a tese estabelecida foi a de que deve prevalecer a decisão que por último se formou, desde que não desconstituída por ação rescisória. Diante disso, há de se conhecer dos embargos de divergência, diante do dissenso devidamente caracterizado.

2. Nesse particular, deve ser confirmado, no âmbito desta Corte Especial, o entendimento majoritário dos órgãos fracionários deste Superior Tribunal de Justiça, na seguinte forma: “No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória” (REsp 598.148/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009, DJe 31/8/2009).

3. Entendimento jurisprudencial que alinha ao magistério de eminentes processualistas: “Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O defeito, arguível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante rescisão (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª ed, Forense: 1985, vol. V, p. 111, grifos do original). Na lição de Pontes de Miranda, após a rescindibilidade da sentença, “vale a segunda, e não a primeira, salvo se a primeira já se executou, ou começou de executar-se”. (Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. , t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214). (...)

(EAREsp 600.811/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/12/2019, DJe 07/02/2020)

A REGRA ACIMA EXPOSTA POSSUI UMA EXCEÇÃO: CASO JÁ TENHA SIDO INICIADA OU CONCLUÍDA A EXECUÇÃO DO PRIMEIRO TÍTULO

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro, servidor público, ajuizou ação cobrando da União o pagamento de adicionais que lhe seriam devidos relativos ao período de 1998 a 2001. Vamos denominar de “processo 1”.

O Juiz julgou o pedido parcialmente procedente condenando a União a pagar os adicionais dos anos de 2000 e 2001.

Houve o trânsito em julgado.

Pedro ingressou com o cumprimento de sentença (execução) desse julgado (execução do processo 1) e recebeu as quantias devidas.

Logo em seguida, os servidores colegas de repartição de Pedro afirmaram para ele que iriam ingressar com uma ação contra a União pedindo o pagamento de determinadas quantias que lhes seriam devidas.

Pedro topou participar da demanda.

A ação foi ajuizada. Vamos chamar de processo 2.

O que Pedro não sabia ao certo é que o pedido feito neste processo 2 era o mesmo que ele já havia formulado e conseguido parcialmente no processo 1 (adicionais dos anos de 1998 a 2001).

A União e o magistrado não perceberam o fato no curso do processo e foi prolatada sentença de mérito julgando o pedido integralmente procedente.

O juiz, neste processo 2, afirmou que houve um marco interruptivo e que, portanto, não havia prescrição. Logo, condenou a União a pagar os adicionais dos anos de 1999 a 2001.

Houve o trânsito em julgado.

Diante disso, tem-se o seguinte cenário:

- Processo 1: pedido parcialmente procedente (adicionais de 2000 e 2001).
- Processo 2: pedido integralmente procedente (adicionais de 1999 a 2001).

Pedro ingressou com o cumprimento de sentença do processo 2. Foi, então, que a União percebeu a confusão e opôs embargos à execução alegando que deveria prevalecer a primeira coisa julgada.

Pedro apresentou impugnação aos embargos alegando o seguinte:

- temos, no presente caso, um conflito entre duas sentenças transitadas em julgado;
- de acordo com a decisão do STJ no EAREsp 600.811/SP, deve prevalecer a coisa julgada formada por último (processo 2);
- eu já recebi os adicionais de 2000 e 2001 na execução do processo 1;
- no processo 2, ficou reconhecido que tenho direito aos adicionais de 1998 a 2001;
- logo, como prevalece a segunda coisa julgada, ainda tenho direito de receber os adicionais de 1998 e 1999, que não foram pagos na primeira execução.

O argumento de Pedro foi acolhido pelo STJ?

NÃO.

De fato, o STJ, ao julgar o EAREsp 600.811/SP, firmou o entendimento de que havendo conflito entre coisas julgadas deve prevalecer a última que se formou, desde que não desconstituída por ação rescisória.

Contudo, essa regra deve ser afastada nos casos em que a sentença formada na primeira coisa julgada já tenha sido objeto de execução (concluída ou iniciada).

Assim, se o título executivo formado na primeira coisa julgada já foi executado ou se iniciada sua execução, deverá prevalecer a primeira coisa julgada em detrimento daquela formada em momento posterior.

Mas essa exceção foi criada agora?

NÃO. Essa exceção já havia constado na ementa e no voto condutor do EAREsp 600.811/SP.

Na lição de Pontes de Miranda, após a rescindibilidade da sentença, “vale a segunda, e não a primeira, salvo se a primeira já se executou, ou começou de executar-se”. (Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed., t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214). (...)

Assim, no presente caso, como já houve a execução do título formado na primeira ação, deve prevalecer a primeira coisa julgada formada, razão pela qual se mostra indevida a execução do título formado em momento posterior, ainda que se trate de período diverso, sobre o qual foi reconhecida a prescrição na primeira execução.

Em suma:

Nos casos em que já executado o título formado na primeira coisa julgada, ou se iniciada sua execução, deve prevalecer a primeira coisa julgada em detrimento daquela formada em momento posterior.

STJ. 2ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.930.955-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

DIREITO PENAL

LESÕES CORPORAIS

A qualificadora prevista no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal (deformidade permanente) abrange somente lesões corporais que resultam em danos físicos

Importante!!!

Se a lesão corporal praticada resultou em “deformidade permanente” na vítima, incide a qualificadora prevista no art. 129, § 2º, IV, do CP.

A “alteração permanente da personalidade” pode ser considerada como uma “deformidade permanente”?

Não. Quando o art. 129, § 2º, IV, do CP fala em “deformidade permanente” ele está se referindo a lesões estéticas de grande monta, capazes de causar desconforto a quem a vê ou ao seu portador. Logo, o art. 129, § 2º, IV, do CP abrange apenas lesões corporais que resultam em danos físicos.

STJ. 6ª Turma. HC 689.921-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Felipe, estudante universitário, foi suspenso em razão de uma transgressão disciplinar.

Inconformado com a punição, Felipe foi conversar com o professor coordenador do curso.

O professor disse que iria manter a suspensão, ocasião em que Felipe desferiu-lhe um forte soco que o fez cair ao chão e bater a cabeça, desmaiando.

Foi realizada perícia que constatou que a vítima foi acometida de “Transtorno de Estresse Pós-Traumático”, provocando-lhe alteração permanente da personalidade. O perito assentou o seguinte:

“A vítima apresentou perda de consciência imediata seguida de amnésia lacunar por período de mais de 24 horas, bem como distúrbio do equilíbrio persistente devido a labirintopatia traumática, evoluindo o quadro para estresse pós-traumático, havendo nexo causal com a agressão sofrida, resultando em alteração permanente da personalidade.”

Felipe foi denunciado e condenado a 4 anos de reclusão pela prática de lesão corporal de natureza gravíssima, nos termos do art. 129, § 2º, IV, do Código Penal:

Art. 129 (...)

§ 2º Se resulta:

(...)

IV - deformidade permanente;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

A condenação foi mantida pelo TJ/SP, tendo havido trânsito em julgado.

A defesa impetrou, então, habeas corpus alegando que a “alteração permanente da personalidade” não pode ser considerada uma “deformidade permanente” para os fins do art. 129, § 2º, IV, do CP.

O STJ concordou com o argumento da defesa?

SIM. Vamos entender com calma.

Primeira pergunta: para os fins de caracterização do caput do art. 129 do CP, é possível que se configure o crime de lesão corporal mesmo que a vítima sofra “apenas” um dano “mental”?

SIM. Conforme lição de Nelson Hungria, o crime de lesão corporal consiste “em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou a saúde (fisiológica ou **mental**) de outrem”.

Assim, também pratica o referido delito aquele que causa lesão à saúde mental de outrem.

Ainda conforme Nelson Hungria, “mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde, e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo”. (*Comentários ao código penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 5; fls. 337-340).

Esse mesmo raciocínio pode ser empregado para a qualificadora do art. 129, § 2º, IV, do CP? A “alteração permanente da personalidade” pode ser considerada como uma “deformidade permanente”?

NÃO.

Quando o art. 129, § 2º, IV, do CP fala em “deformidade permanente” ele está se referindo a lesões estéticas de grande monta, capazes de causar desconforto a quem a vê ou ao seu portador. Logo, o art. 129, § 2º, IV, do CP abrange apenas lesões corporais que resultam em danos físicos. Nesse sentido:

A deformidade permanente apta a caracterizar a qualificadora no inciso IV do § 2º do art. 129 do Código Penal, segundo parte da doutrina, precisa representar lesão estética de certa monta, capaz de produzir desgosto, desconforto a quem vê ou humilhação ao portador, não sendo qualquer dano estético ou físico. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1895015/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/08/2021.

A lesão causadora de danos psicológicos pode, a depender do caso concreto, ensejar o reconhecimento de outra qualificadora ou ser considerada como circunstância judicial desfavorável. No entanto, não pode ser considerada como deformidade permanente porque não resulta em dano físico.

Em suma:

A qualificadora prevista no art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal (deformidade permanente) abrange somente lesões corporais que resultam em danos físicos.

STJ. 6ª Turma. HC 689.921-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

ESTELIONATO

Cheque fraudado e competência para julgar o estelionato

ODS16

O crime de estelionato praticado por meio de saque de cheque fraudado compete ao Juízo do local da agência bancária da vítima.

STJ. 3ª Seção. CC 182.977-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

COMPETÊNCIA PARA JULGAR O CRIME DE ESTELIONATO E ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 14.155/2021

O estelionato, previsto no art. 171, do CP, é um crime por meio do qual o agente, utilizando um meio fraudulento, engana a vítima, fazendo com que ela entregue espontaneamente uma vantagem, causando prejuízo à vítima.

Desse modo, o estelionato é considerado um crime de duplo resultado, considerando que, para a sua consumação, exige-se:

- a) a obtenção de vantagem ilícita;
- b) a ocorrência de um prejuízo alheio.

Algumas vezes pode acontecer de a vantagem ilícita ocorrer em um local e o prejuízo em outro. Tais situações poderão gerar algumas dúvidas relacionadas com a competência territorial para processar e julgar esse crime.

A Lei nº 14.155/2021 inseriu o § 4º ao art. 70 do CPP tratando sobre o tema.

A alteração é muito bem-vinda porque anteriormente havia uma imensa insegurança jurídica diante da existência de regras distintas para situações muito parecidas, além de uma intensa oscilação jurisprudencial.

Veja o § 4º do art. 70 que foi inserido no CPP pela Lei nº 14.155/2021:

Art. 70. (...)

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência fixar-se-á pela prevenção.

Vamos analisar três casos envolvendo estelionato para identificarmos as mudanças operadas pela novidade legislativa.

1) Estelionato praticado por meio de cheque falso (art. 171, caput, do CP)

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, domiciliado no Rio de Janeiro (RJ), achou um cheque em branco. Ele foi, então, até Juiz de Fora (MG) e lá comprou inúmeras roupas de marca em uma loja da cidade. As mercadorias foram pagas com o cheque que ele encontrou, tendo João falsificado a assinatura.

Trata-se do crime de estelionato, na figura do caput do art. 171 do CP.

De quem será a competência territorial para julgar o delito?

Do juízo da comarca de Juiz de Fora (MG), local da obtenção da vantagem indevida.

Existe até uma súmula tratando sobre o tema:

Súmula 48-STJ: Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Aplica-se aqui o § 4º do art. 70 do CPP?

NÃO. Se você ler o § 4º verá que ele não trata da hipótese de estelionato praticado por meio de cheque falso. Logo, esse dispositivo não incide no presente caso.

A regra a ser aplicada, portanto, é a do caput do art. 70:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

O estelionato se consumou no momento em que João comprou as mercadorias da loja, pagando com o cheque falsificado. Nesse instante houve a obtenção da vantagem ilícita e o dano patrimonial à loja. Logo, nesta primeira hipótese, nenhuma mudança operada pela Lei nº 14.155/2021. Vale ressaltar que a Súmula 48 do STJ manteve-se válida com a novidade legislativa.

2) Estelionato praticado por meio de cheque sem fundo (art. 171, § 2º, VI)

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro, domiciliado no Rio de Janeiro (RJ), foi passar o fim de semana em Juiz de Fora (MG). Aproveitando que estava ali, ele foi até uma loja da cidade e comprou inúmeras roupas de marca, que totalizaram R\$ 4 mil. As mercadorias foram pagas com um cheque de titularidade de Pedro. Vale ressaltar, no entanto, que Pedro sabia que em sua conta bancária havia apenas R\$ 200,00, ou seja, que não havia fundos suficientes disponíveis. Ele agiu assim porque supôs que não teriam como responsabilizá-lo já que não morava ali.

Qual foi o crime cometido por Pedro?

Estelionato, no entanto, na figura equiparada do art. 171, § 2º, VI, do CP:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.
(...)
Fraude no pagamento por meio de cheque
VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

O cheque emitido por Pedro estava vinculado a uma agência bancária que se situa no Rio de Janeiro (RJ). Tendo isso em consideração, indaga-se: de quem será a competência territorial para julgar o delito?

Aqui houve uma grande alteração promovida pela Lei nº 14.155/2021:

- Antes da Lei: a competência para julgar seria do juízo do Rio de Janeiro (RJ), local onde se situa a agência bancária que recusou o pagamento. Na teoria, o “dinheiro” que iria pagar a loja sairia da agência bancária na qual Pedro tinha conta, ou seja, no Rio de Janeiro. Quando a loja foi tentar sacar o cheque, lá em Juiz de Fora (MG), na teoria, a agência bancária localizada no RJ recusou o pagamento porque informou que ali não havia saldo suficiente. Nessas situações, a jurisprudência afirmava que a competência territorial era do local onde se situava a agência que recusou o pagamento:

Súmula 244-STJ: Compete ao foro do local da RECUSA processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de FUNDOS.

Súmula 521-STF: O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de FUNDOS, é o do local onde se deu a RECUSA do pagamento pelo sacado.

- Depois da Lei: a competência passou a ser do local do domicílio da vítima, ou seja, do juízo de Juiz de Fora (MG). É o que prevê o novo § 4º do art. 70:

Art. 70. (...)
§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do (...) Código Penal, quando praticados (...) mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado (...) a competência será definida pelo local do domicílio da vítima (...)

Isso significa que a Súmula 244 do STJ e a Súmula 521 do STF estão superadas:

Súmula 244-STJ: ~~Compete ao foro do local da RECUSA processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de FUNDOS.~~

Súmula 521-STF: ~~O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de FUNDOS, é o do local onde se deu a RECUSA do pagamento pelo sacado.~~

O que é o cheque com pagamento frustrado mencionado no § 4º do art. 70 do CPP?

Ocorre quando o agente que emitiu o cheque tinha fundos disponíveis, no entanto, depois de emitir o cheque, ele saca o dinheiro que tinha no banco ou, então, simplesmente emite uma contraordem à instituição financeira afirmando que não é para ela pagar aquele cheque.

Em nosso exemplo, imagine que, depois de emitir a cártula em favor da loja, Pedro entra em contato com a instituição financeira e susta o cheque.

No que tange à competência, a regra é a mesma do cheque sem fundos.

3) Estelionato mediante depósito ou transferência de valores

Imagine a seguinte situação hipotética:

Carlos, morador de Goiânia (GO), viu um anúncio na internet que oferecia empréstimo “rápido e fácil”. Ele entrou em contato com a pessoa, que se identificou como Henrique.

Carlos combinou de receber um empréstimo de R\$ 70 mil, no entanto, para isso, ele precisaria depositar uma parcela de R\$ 1 mil a título de “custas” para a conta bancária de Henrique, vinculada a uma agência bancária localizada em São Paulo (SP).

Carlos efetuou o depósito e, então, percebeu que se tratava de uma fraude porque nunca recebeu o dinheiro do suposto empréstimo.

Quem será competente para processar e julgar este crime de estelionato: o juízo da comarca de Goiânia (onde foi feito o depósito) ou o juízo da comarca de São Paulo (local onde o dinheiro foi recebido)?

Aqui houve outra grande alteração promovida pela Lei nº 14.155/2021:

• Antes da Lei: o juízo competente seria, neste exemplo, o da comarca de São Paulo. Nesse sentido:

No caso em que a vítima, induzida em erro, efetuou depósito em dinheiro e/ou transferência bancária para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita ocorreu quando o estelionatário se apossou do dinheiro, ou seja, no momento em que a quantia foi depositada em sua conta.

STJ. 3ª Seção. CC 167.025/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14/08/2019.

STJ. 3ª Seção. CC 169.053/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/12/2019.

O fundamento era o *caput* do art. 70 do CPP:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Segundo decidiu o STJ, o estelionato consuma-se no momento e no local em que é auferida a vantagem ilícita. O prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente.

O núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente.

Resumindo

Estelionato que ocorre quando a vítima, induzida em erro, se dispõe a fazer depósitos ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário): a competência era do local onde o estelionatário possuía a conta bancária.

• Depois da Lei: a competência passou a ser do local do domicílio da vítima, ou seja, em nosso exemplo, do juízo de Goiânia (GO). É o que prevê o novo § 4º do art. 70:

Art. 70. (...)

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do (...) Código Penal, quando praticados mediante depósito (...) ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima (...)

E se houver mais de uma vítima, com domicílios em locais diferentes?

Utilizando novamente o terceiro exemplo acima mencionado. Suponhamos que Henrique aplicou o mesmo “golpe” do empréstimo não apenas em Carlos, mas também em Luísa (domiciliada em Curitiba/PR), em Ricardo (Rio Branco/AC), em Vitor (Fortaleza/CE) e em outras inúmeras vítimas.

De quem será a competência para julgar todas essas condutas?

A competência será definida por prevenção, ou seja, será competente para julgar todos as condutas o juízo do domicílio da vítima que tiver praticado o primeiro ato do processo ou medida relativa a este, nos termos do art. 83 do CPP:

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

É o que preconiza a parte final do § 4º do art. 70:

Art. 70. (...)

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Vigência

A Lei nº 14.155/2021 entrou em vigor na data da sua publicação (28/05/2021).

CASO CONCRETO JULGADO PELO STJ:

João tentou compensar um cheque clonado em uma agência bancária localizada em Curitiba (PR).

O cheque que João tentou compensar constava como tendo sido emitido por Regina, sendo vinculado a uma conta do Santander – agência de Urupês (SP). Ocorre que ela nunca emitiu cheque em favor de João. O banco se recusou a pagar em razão da insuficiência de fundos, de forma que o estelionato acabou não se consumando.

De quem será a competência para julgar esse crime: do juízo de Curitiba (PR) ou do juízo de Urupês (SP)?

O juízo de Urupês (SP).

O delito de estelionato, tipificado no art. 171, caput, do Código Penal, consuma-se no lugar onde aconteceu o efetivo prejuízo à vítima. Por essa razão, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no caso específico de estelionato praticado por meio de depósito em dinheiro ou transferência de valores,

firmara a compreensão de que a competência seria do Juízo onde se auferiu a vantagem ilícita em prejuízo da vítima, ou seja, o local onde se situava a conta que recebeu os valores depositados.

Sobreveio a Lei nº 14.155/2021, que incluiu o § 4º no art. 70 do CPP e criou hipótese específica de competência no caso de crime de estelionato praticado mediante depósito, transferência de valores ou cheque sem provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado.

Diante da modificação legislativa, não mais subsiste o entendimento firmado pelo STJ, devendo ser reconhecida a competência do Juízo do domicílio da vítima.

Contudo, a hipótese em análise não foi expressamente prevista na nova legislação, visto que não se trata de cheque emitido sem provisão de fundos ou com pagamento frustrado, mas de tentativa de saque de cártula falsa, em prejuízo de correntista.

Sobre o tema, destaque-se que:

(...) 3. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre por meio do saque (ou compensação) de cheque clonado, adulterado ou falsificado, da hipótese em que a própria vítima, iludida por um ardil, voluntariamente, efetua depósitos e/ou transferências de valores para a conta corrente de estelionatário. Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. Em tais casos, entende-se que o local da obtenção da vantagem ilícita é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque adulterado, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária. (...)

(AgRg no CC 171.632/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/06/2020).

Assim, aplica-se o entendimento pela competência do Juízo do local do eventual prejuízo, que ocorre com a autorização para o saque do numerário no local da agência bancária da vítima.

Em suma:

O crime de estelionato praticado por meio saque de cheque fraudado compete ao Juízo do local da agência bancária da vítima.

STJ. 3ª Seção. CC 182.977-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PRISÃO

Réu que, aproveitando-se de sua condição de médico, praticou crimes sexuais; prisão preventiva pode ser substituída por proibição do exercício da medicina e suspensão da inscrição médica

ODS 16

Não se justifica a prisão preventiva se, considerando o modus operandi dos delitos, a imposição da cautelar de proibição do exercício da medicina e de suspensão da inscrição médica, e outras que o Juízo de origem entender necessárias, forem suficientes para prevenção da reiteração criminosa e preservação da ordem pública.

STJ. 5ª Turma. HC 699.362-PA, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Rel. Acd. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

Imagine a seguinte situação:

Entre os anos de 2018 e 2020, “OVF”, aproveitando-se da sua condição de médico, com especialidade em ginecologia e mastologia, submetia suas pacientes, sem o devido consentimento, à prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos.

Diante disso, foi denunciado pelos crimes de violência sexual mediante fraude e estupro de vulnerável.

O Juiz decretou a prisão preventiva do réu.

A defesa do acusado impetrou habeas corpus alegando que a prisão preventiva seria desnecessária considerando que seriam suficientes outras medidas cautelares diversas.

O STJ concordou com a defesa?

SIM.

Para a concessão das medidas protetivas de urgência, é necessária a comprovação do:

a) *fumus commissi delicti*: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

b) *periculum libertatis*: é a existência de risco concreto caso o investigado permaneça em liberdade.

É o que se extrai do art. 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Em razão de seu caráter excepcional, somente deve ser imposta quando incabível a substituição por outra medida cautelar menos gravosa, conforme disposto no art. 282, § 6º, do CPP:

Art. 282 (...)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

No caso concreto, a execução dos crimes estava diretamente relacionada com o exercício de sua profissão médica. Diante disso, a imposição da cautelar de proibição do exercício da medicina e de suspensão da inscrição médica, somada a outras medidas cautelares pertinentes, já são suficientes para prevenção da reiteração criminosa e preservação da ordem pública, nos termos do art. 319, VI, do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

(...)

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

A custódia prisional “somente se justifica na hipótese de impossibilidade que, por instrumento menos gravoso, seja alcançado idêntico resultado acautelatório” (STJ. 5ª Turma. RHC n. 113.671/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/08/2019).

Por óbvio, não se está a minimizar a gravidade das condutas imputadas, porém há que se reconhecer que, uma vez ausentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, sua manutenção caracteriza verdadeira antecipação de pena.

Em suma:

Não se justifica a prisão preventiva se, considerando o modus operandi dos delitos, a imposição da cautelar de proibição do exercício da medicina e de suspensão da inscrição médica, e outras que o Juízo

de origem entender necessárias, forem suficientes para prevenção da reiteração criminosa e preservação da ordem pública.

STJ. 5ª Turma. HC 699.362-PA, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Rel. Acd. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

Diante disso, o STJ concedeu a ordem de habeas corpus para revogar a prisão preventiva imposta ao réu, mediante substituição por medidas cautelares diversas, nos termos do art. 319 do CPP, dentre essas:

- a) a proibição do exercício da medicina;
- b) a suspensão da inscrição médica;
- c) a proibição de contato com as vítimas e testemunhas;
- d) outras que o Juízo processante entender necessárias.

EXECUÇÃO PENAL (PRISÃO DOMICILIAR)

É possível aplicar a decisão do STF no HC 143641/SP ou o art. 318-A do CPP para os casos de cumprimento definitivo da pena em que a acusada foi condenada aos regimes fechado ou semiaberto?

Importante!!!

ODS 16

É possível aplicar a decisão do STF no HC 143641/SP ou o art. 318-A do CPP para os casos de cumprimento definitivo da pena em que a acusada foi condenada aos regimes fechado ou semiaberto?

A jurisprudência está dividida:

- **STF: não.**

Não é possível a concessão de prisão domiciliar para condenada gestante ou que seja mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência se já houver sentença condenatória transitada em julgado e ela não preencher os requisitos do art. 117 da LEP.

Em caso de execução definitiva da pena, a prisão domiciliar deve observar o que dispõe o art. 117 da LEP.

Não se aplica o que o STF decidiu no HC 143.641/SP nem tampouco o art. 318-A do CPP, que se referem exclusivamente a prisão cautelar.

STF. 1ª Turma. HC 177164/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/2/2020 (Info 967).

STF. 1ª Turma. HC 185404 AgR, Rel. Rosa Weber, julgado em 23/11/2020.

- **STJ: sim, em casos excepcionais.**

Excepcionalmente, admite-se a concessão da prisão domiciliar às presas dos regimes fechado ou semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto, a proporcionalidade, adequação e necessidade da medida, e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

STJ. 3ª Seção. RHC 145.931-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

PRISÃO DOMICILIAR DO CPP PARA CONDENADA GESTANTE OU QUE SEJA MÃE OU RESPONSÁVEL POR CRIANÇAS OU PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Prisão domiciliar do CPP x Prisão domiciliar da LEP

O tema “prisão domiciliar” é previsto tanto no CPP como na LEP, tratando-se, contudo, de institutos diferentes, conforme se passa a demonstrar:

PRISÃO DOMICILIAR DO CPP	PRISÃO DOMICILIAR DA LEP
Arts. 317, 318 e 318-A do CPP.	Art. 117 da LEP.
O CPP, ao tratar da prisão domiciliar, está se referindo à possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência.	A LEP, ao tratar da prisão domiciliar, está se referindo à possibilidade de a pessoa já condenada cumprir a sua pena privativa de liberdade na própria residência.
Trata-se de uma medida cautelar por meio da qual o réu, em vez de ficar preso na unidade prisional, permanece recolhido em sua própria residência. Continua tendo natureza de prisão, mas uma prisão “em casa”.	Trata-se, portanto, da execução penal (cumprimento da pena) na própria residência.
<p>Hipóteses (importante):</p> <p>O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:</p> <p>I — maior de 80 anos;</p> <p>II — extremamente debilitado por motivo de doença grave;</p> <p>III — imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência;</p> <p>IV — gestante;</p> <p>V — mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;</p> <p>VI — homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.</p> <p><i>Obs.: os magistrados, membros do MP, da Defensoria e da advocacia têm direito à prisão cautelar em sala de Estado-Maior. Caso não exista, devem ficar em prisão domiciliar.</i></p>	<p>Hipóteses (importante):</p> <p>O preso que estiver cumprindo pena <u>no regime aberto</u> poderá ficar em prisão domiciliar quando se tratar de condenado(a):</p> <p>I — maior de 70 anos;</p> <p>II — acometido de doença grave;</p> <p>III — com filho menor ou deficiente físico ou mental;</p> <p>IV — gestante.</p>
O juiz pode determinar que a pessoa fique usando uma monitoração eletrônica.	O juiz pode determinar que a pessoa fique usando uma monitoração eletrônica.

Prisão domiciliar do CPP

Como vimos no quadro acima, o CPP, ao tratar da prisão domiciliar, prevê a possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Trata-se de uma medida cautelar na qual, em vez de a pessoa ficar na unidade prisional, ela ficará recolhida em sua própria residência:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

As hipóteses em que a prisão domiciliar é permitida estão elencadas no art. 318 do CPP.

Natureza jurídica da prisão domiciliar

(Promotor MP/RJ 2018) É correto afirmar que a prisão domiciliar, no âmbito da persecução penal, consiste em medida alternativa ou diversa à prisão preventiva?

Resposta: NÃO. Não é correto afirmar que a prisão domiciliar, no âmbito da persecução penal, consista em medida alternativa ou diversa à prisão, tratando-se, na verdade, de medida **substitutiva** à prisão preventiva, pois inclusive o decreto da medida impõe ao julgador a análise dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (CPP, artigos 311/312, do CPP). Se presentes, poderá caber a prisão domiciliar, desde que configurada uma das situações do artigo 317/318 do CPP. Por outro lado, as medidas alternativas ou diversas à prisão, previstas nos artigos 319/320 do CPP, somente têm lugar exatamente quando a extrema *ratio* da *ultima ratio* (Prisão Preventiva) não puder ser decretada, mas houver alguma necessidade de acautelamento dos meios e fins do processo por medida menos tormentosa.

O tempo que a pessoa ficou submetida à prisão domiciliar deve ser descontado da pena imposta na condenação?

SIM.

O período que o apenado permaneceu preventivamente recolhido em prisão domiciliar deve ser considerado para a detração da pena.

STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no AREsp 1674599/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 14/10/2021.

Prisão domiciliar de gestantes e mães de crianças

Os incisos IV e V do art. 318 do CPP preveem que a mulher acusada de um crime terá direito à prisão domiciliar se estiver gestante ou for mãe de criança:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
(...)

IV - gestante; (Redação dada pela Lei 13.257/2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei 13.257/2016)

Discussão sobre a obrigatoriedade ou não de o juiz decretar a prisão domiciliar nessas hipóteses

Se você reparar na redação do caput do art. 318 do CPP, ela diz que o juiz PODERÁ substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas hipóteses ali elencadas.

Diante disso, surgiram as seguintes dúvidas:

Se uma mulher grávida estiver em prisão preventiva, o juiz, obrigatoriamente, deverá conceder a ela prisão domiciliar com base no art. 318, IV, do CPP?

As hipóteses de prisão domiciliar previstas nos incisos IV e V do art. 318 do CPP são consideradas obrigatórias ou facultativas?

O que o STF decidiu?

REGRA: SIM. As hipóteses são obrigatórias.

Em regra, deve ser concedida prisão domiciliar para todas as mulheres presas que sejam:

- gestantes
- puérperas (que deram à luz há pouco tempo)
- mães de crianças (isto é, mães de menores até 12 anos incompletos) ou
- mães de pessoas com deficiência.

EXCEÇÕES:

Não deve ser autorizada a prisão domiciliar se:

- 1) a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça;
- 2) a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos e/ou netos);
- 3) em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

STF. 2ª Turma. HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018 (Info 891).

O que fez a Lei nº 13.769/2018?

Positivou no CPP o entendimento manifestado pelo STF.

A principal diferença foi que o legislador não incluiu a exceção número 3.

Além disso, na exceção 2 não falou em descendentes, mas sim em filho ou dependente.

Veja o art. 318-A incluído pela Lei nº 13.769/2018 no CPP:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Confira como o tema já foi cobrado em prova:

☒ (Juiz TJ/RJ 2019) A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que

A) não se trate a gestante de reincidente ou portadora de maus antecedentes.

B) não seja a gestante líder de organização criminosa ou participante de associação criminosa.

C) não se trate de acusada por crime hediondo ou equiparado.

D) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

E) tenha havido prévia reparação do dano e as circunstâncias do fato e a personalidade da gestante indicarem se tratar de medida suficiente à prevenção e reprovação do crime.

Gabarito: letra D

(FGV – Titular de Serviço de Notas e Registros – TJ – SC/2021) Ana, funcionária pública, figura como ré em ação penal onde se imputa a prática de diversos crimes de peculato e de organização criminosa. Inicialmente, foi decretada sua prisão preventiva em razão do risco de reiteração destacado pelo magistrado. Foram acostadas ao procedimento certidões de nascimento indicando que Ana seria mãe de adolescente de 13 anos de idade e de criança de 10 anos. O Ministério Público, por sua vez, demonstrou que os filhos estariam sob os cuidados do pai. Com base nas informações expostas, é correto afirmar que, de acordo com a legislação processual penal, Ana:

A) tem direito à prisão domiciliar, ainda que não seja a única responsável pelos cuidados da criança, não podendo, além disso, ser aplicada a cautelar de suspensão do exercício da função pública;

B) tem direito à prisão domiciliar, desde que demonstre sua imprescindibilidade ao sustento financeiro da criança, podendo ser aplicada a cautelar de suspensão do exercício da função pública;

C) tem direito à prisão domiciliar, ainda que não seja a única responsável pelos cuidados da criança, podendo, todavia, ser aplicada a cautelar de suspensão do exercício da função pública;

D) não terá direito à prisão domiciliar, pois figura como denunciada em procedimento em que se imputa a prática de crime de natureza hedionda;

E) não terá direito à prisão domiciliar pois os filhos são maiores de 6 anos e estão sob os cuidados do pai.

Gabarito: letra C

A exceção 3 ainda é possível? O juiz poderá deixar de aplicar a prisão domiciliar em outras situações excepcionalíssimas?

SIM.

O art. 318-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo STF no HC 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei.

O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais.

Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente do STF deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

STF. 5ª Turma. HC 470.549/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12/02/2019.

☒ (MP/GO 2019) O art. 318-A do CPP dispõe que “a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II- não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Essa nova lei praticamente repetiu o teor de julgado do STF proferido no âmbito de habeas corpus coletivo (HC n. 143.641/SP), deixando, todavia, de consignar no dispositivo legal a ressalva feita no referido HC no sentido de que em situações excepcionais, devidamente fundamentadas, poderiam os juízes denegar tal benefício (substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar). Diante desse contexto, a jurisprudência dominante do STJ tem aplicado literalmente o dispositivo legal do art. 318-A do CPP, não admitindo, fora as exceções previstas na própria lei (incisos I e II), que o Magistrado deixe de proceder a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, mesmo que de forma concretamente fundamentada e em situações excepcionais. (ERRADO)

É POSSÍVEL APLICAR A PRISÃO DOMICILIAR DO HC 143.641 / ART. 318-A DO CPP EM CASO DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA AOS REGIME FECHADO OU SEMIABERTO?

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina foi condenada por diversos crimes a uma pena de 26 anos de reclusão em regime fechado.

Houve trânsito em julgado.

Vamos supor, no entanto, que Regina seja mãe de uma criança de 3 anos de idade.

Neste caso, ela poderá ficar em prisão domiciliar? É possível aplicar a decisão do STF no HC 143641/SP ou o art. 318-A do CPP para os casos de cumprimento definitivo da pena em que a acusada foi condenada aos regimes fechado ou semiaberto?

A jurisprudência está dividida:

- STF: não.
- STJ: sim, em casos excepcionais.

STF

Não é possível a concessão de prisão domiciliar para condenada gestante ou que seja mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência se já houver sentença condenatória transitada em julgado e ela não preencher os requisitos do art. 117 da LEP.

STF. 1ª Turma. HC 177164/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/2/2020 (Info 967).

Se a prisão decorre da execução da pena (não sendo prisão processual), é inaplicável a orientação firmada pelo STF no julgamento do HC 143.641/SP.

Em caso de execução definitiva da pena, a prisão domiciliar deve observar o que dispõe o art. 117 da LEP. Não se aplica o que o STF decidiu no HC 143.641/SP nem tampouco o art. 318-A do CPP, que se referem exclusivamente a prisão cautelar.

STF. 1ª Turma. HC 185404 AgR, Rel. Rosa Weber, julgado em 23/11/2020.

Desse modo, o art. 318 do CPP só se aplica para os casos de prisão preventiva, não podendo ser utilizado quando se tratar de execução definitiva de título condenatório (sentença condenatória transitada em julgado).

A prisão domiciliar do art. 117 da LEP é aplicada para condenados definitivos que estejam cumprindo pena em regime aberto.

No exemplo hipotético acima exposto, Regina estava cumprindo pena no regime fechado. Logo, não teria direito à prisão domiciliar por força da redação do art. 117 da LEP:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de **regime aberto** em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

STJ

Excepcionalmente, admite-se a concessão da prisão domiciliar às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto, a proporcionalidade, adequação e necessidade da medida, e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

STJ. 3ª Seção. RHC 145.931-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 09/03/2022 (Info 728).

Segundo entendimento consolidado do STJ, excepcionalmente, admite-se a concessão da prisão domiciliar às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado:

- pelo juízo da execução penal,
- no caso concreto,
- em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com deficiência,
- que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e
- que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência,
- salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência.

O STJ afirma que deve ser feita uma interpretação extensiva do julgado proferido pelo STF no HC coletivo nº 143.641 e no art. 318-A do CPP, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado (STJ. 3ª Seção. Rcl 40.676/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/12/2020).

Outrossim, também deve-se levar em conta a ineficiência estatal em disponibilizar vaga à reeducanda em estabelecimento prisional próprio e adequado à sua condição pessoal, dotados de assistência médica pré-natal e pós-parto, berçários e creches para seus filhos (arts. 82, § 1º, e 83, § 2º, da LEP).

Resumindo a posição do STJ:

Pela literalidade da LEP, somente teria direito à prisão domiciliar a pessoa condenada ao regime aberto que se enquadrasse em uma das hipóteses do art. 117 da LEP.

No entanto, em hipóteses excepcionais, o STJ tem autorizado que pessoas condenadas que estejam no regime fechado ou semiaberto possam ter direito à prisão domiciliar.

Observações finais sobre o entendimento do STJ:

1) A relativização feita pelo STJ vale para as demais hipóteses do art. 117 da LEP. Ex: homem condenado ao regime fechado e que sofra com doença grave pode, em casos excepcionais, ter direito à prisão domiciliar, mesmo que o caput do art. 117 fale em regime fechado. É a hipótese, por exemplo, em que não existe tratamento médico adequado no presídio:

Embora o art. 117 da Lei de Execuções Penais estabeleça como requisito para a concessão de prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime prisional ABERTO, é possível a extensão do benefício aos

condenados recolhidos no regime FECHADO ou SEMIABERTO, desde que configurada a excepcionalidade do caso concreto, com demonstração da imprescindibilidade da medida.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 661.914/SP, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), julgado em 17/08/2021.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 557.466/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/08/2021.

2) A concessão de prisão domiciliar (art. 117, III, LEP) não possui efeito automático (depende do caso concreto):

A concessão de prisão domiciliar não possui efeito automático decorrente da existência de filhos menores de idade, visto que é necessária uma análise do caso concreto, a fim de definir se a situação da apenada autoriza a concessão da referida benesse.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 675.667/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 05/10/2021.

3) Princípio da fraternidade como fundamento:

O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) o princípio da fraternidade é um macrop princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na Constituição Federal, em especial no seu art. 3º, bem como no seu preâmbulo; c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos Direitos Humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 679.489/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 28/09/2021.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS

O incentivo fiscal outorgado por Estado-membro por meio de desoneração relativa ao ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e CSLL

ODS 16

A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS (art. 155, XII, “g”).

Se eles têm a competência para instituir, significa que possuem também, por via de consequência, a competência para outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos previstos na lei complementar.

A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo.

Embora represente renúncia à parcela da arrecadação, a concessão de incentivos fiscais tem por objetivo estimular a promoção de interesses estratégicos para aquela unidade federativa atendendo a prioridades e necessidades locais coletivas.

A tributação, pela União, dos valores correspondentes aos incentivos fiscais estimula uma competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade.

A desoneração do ICMS possui um caráter extrafiscal, consistindo a medida em instrumento tributário para o atingimento de finalidade não arrecadatória, mas, sim, incentivadora de comportamento, com vista à realização de valores constitucionalmente contemplados.

Se o propósito do incentivo era o de “aliviar” determinado segmento empresarial, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino (cobrado pela União), resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, frustrando os objetivos buscados.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.222.547-RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

IRPJ

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

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

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

CSLL

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

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

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

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Vonpar S/A é uma empresa que comercializa produtos. Desse modo, ela é contribuinte de ICMS.

O Estado do Rio Grande do Sul instituiu um programa de incentivos fiscais de ICMS.

A empresa aderiu a essa programa e, portanto, passou a “pagar menos” ICMS (desoneração), incentivo fiscal que irá durar determinados meses.

Se não houvesse essa desoneração, a empresa teria que pagar R\$ 1 milhão a mais de ICMS. Como houve esse incentivo fiscal, a empresa teve esse “desconto”, ou seja, “economizou” esse valor.

Diante desse cenário, indaga-se: esse incentivo fiscal concedido pelo Estado-membro por meio de desoneração relativa ao ICMS, por representar, indiretamente, um “lucro” para a pessoa jurídica, deverá ser incluído na base de cálculo do IRPJ e da CSLL?

NÃO.

A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS (art. 155, XII, “g”).

Se eles têm a competência para instituir, significa que possuem também, por via de consequência, a competência para outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos previstos na lei complementar.

A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo.

Embora represente renúncia à parcela da arrecadação, a concessão de incentivos fiscais tem por objetivo estimular a promoção de interesses estratégicos para aquela unidade federativa atendendo a prioridades e necessidades locais coletivas.

A tributação, pela União, dos valores correspondentes aos incentivos fiscais estimula uma competição indireta com o Estado-membro, em desprezo à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação. Naturalmente, não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

Registre-se que a doutrina, ao analisar a pretensão de que o crédito de ICMS poderia integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS, o tão conhecido Tema n. 69/RG, já afastava tal possibilidade por configurar, também, burla à Federação. Leandro Paulsen, por exemplo, afirma que, se fosse admitido que a União tributassem esse crédito que as empresas obtêm de ICMS isso significaria uma intervenção na tributação estadual havendo uma transferência dos recursos dos Estados (que concederam o incentivo) para a União (que tributou). Nesse sentido: PAULSEN, Leandro. Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 524.

A desoneração do ICMS possui um caráter extrafiscal, consistindo a medida em instrumento tributário para o atingimento de finalidade não arrecadatória, mas, sim, incentivadora de comportamento, com vista à realização de valores constitucionalmente contemplados.

Se o propósito do incentivo era o de “aliviar” determinado segmento empresarial, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino (cobrado pela União), resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, frustrando os objetivos buscados.

No plano jurisprudencial, não há precedentes específicos acerca do incentivo fiscal em tela no âmbito da Primeira Seção e respectivas Turmas.

Porém, no que toca à inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e CSLL, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o EREsp n. 1.443.771/RS, assentou que o crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base impositiva do IRPJ e da CSLL, sob o entendimento segundo o qual a concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo:

(...) IV - A discussão cognoscível cinge-se à exclusão de crédito presumido do ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tema já pacificado por esta Seção na apreciação do EREsp n. 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, julgado em 08.11.2017, DJe 01.02.2018, e reafirmado por tal órgão jurisdicional, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário no AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.603.082/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 03.12.2019, DJe 05.12.2019.

V - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

VI - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

VII - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

(...)

XVIII - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento de que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da ratio decidendi que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XIX - O crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base impositiva do IRPJ e da CSLL. (...)

STJ. 1ª Seção. EREsp 1443771/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, julgado em 14/04/2021.

O entendimento acima pode ser aplicado no presente caso.

Em suma:

O incentivo fiscal outorgado por Estado-membro por meio de desoneração relativa ao ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e CSLL.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.222.547-RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/03/2022 (Info 728).

DOD PLUS – BENEFÍCIO FISCAL X INCENTIVO FISCAL

- Benefícios fiscais: “são concedidos ‘de mão beijada’”, isto é, sem que o contribuinte tenha que fazer algo, em favor do Estado, para usufruí-los” (CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1.035).
- Incentivos fiscais: possuem um caráter sinalagmático. Isso porque existe a previsão de uma contrapartida do segmento empresarial contemplado.

ICMS

Atendidos os requisitos previstos em lei, é legítima a submissão de empresas a Regime Especial de Fiscalização, salvo comprovação de que as medidas inviabilizem indevidamente o livre exercício da atividade econômica

ODS 16

É possível a imposição de regime especial de fiscalização, desde que haja previsão legal, inadimplemento reiterado de obrigações tributárias e tal regime não configure obstáculo desarrazoado à atividade empresarial, a ponto de coagir o contribuinte ao pagamento de seus débitos tributários, tendo em vista que, para esse mister, possui o Fisco meios próprios.

STJ. 2ª Turma. RMS 65.714-SE, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 22/02/2022 (Info 728).

Imagine a seguinte situação hipotética:

RSJ Comércio Ltda é uma empresa que comercializa mercadorias. Desse modo, ela é contribuinte de ICMS. Ocorre que havia indícios de que a empresa estaria em débito com o pagamento do imposto.

A Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, por meio de ato do Secretário, determinou que a referida empresa fosse submetida ao Regime Especial de Fiscalização.

A RSJ impetrou mandado de segurança contra o ato do Secretário argumentando que o Regime Especial de Fiscalização faz com que a empresa fique em um estado de constante vigilância por parte dos Auditores Fiscais por meio de “forte, desproporcional e abusiva coação”.

Para a empresa, isso fere os princípios constitucionais da razoabilidade e do devido processo legal. Trata-se de uma verdadeira interdição do estabelecimento para fins de exigência de tributo.

Diante disso, a impetrante pediu a sua exclusão do Regime Especial de Fiscalização.

O TJ/SE negou o pedido da empresa, que recorreu ao STJ.

Indaga-se: os argumentos da impetrante/recorrente foram acolhidos pelo STJ?

NÃO. Vamos entender com calma.

Em primeiro lugar: o que é esse regime especial de fiscalização (REF)?

Trata-se de um regime diferenciado de apuração e arrecadação de ICMS aplicado para determinadas situações específicas, como no caso de devedores contumazes do imposto. É como se fosse um “pente fino”.

A possibilidade de instituição desse regime especial de fiscalização é autorizada pelo art. 26 da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 26. Em substituição ao regime de apuração mencionado nos arts. 24 e 25, a lei estadual poderá estabelecer:

I - que o cotejo entre créditos e débitos se faça por mercadoria ou serviço dentro de determinado período;

II - que o cotejo entre créditos e débitos se faça por mercadoria ou serviço em cada operação;

III - que, em função do porte ou da atividade do estabelecimento, o imposto seja pago em parcelas periódicas e calculado por estimativa, para um determinado período, assegurado ao sujeito passivo o direito de impugná-la e instaurar processo contraditório.

§ 1º Na hipótese do inciso III, ao fim do período, será feito o ajuste com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva; caso contrário, a diferença será compensada com o pagamento referente ao período ou períodos imediatamente seguintes.

§ 2º A inclusão de estabelecimento no regime de que trata o inciso III não dispensa o sujeito passivo do cumprimento de obrigações acessórias.

A imposição do regime especial de fiscalização é legítima?

Em regra, sim:

Atendidos os requisitos previstos em lei, é legítima a submissão de empresas a Regime Especial de Fiscalização, salvo comprovação de que as medidas inviabilizem indevidamente o livre exercício da atividade econômica.

STJ. 2ª Turma. RMS 65.714-SE, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 22/02/2022 (Info 728).

O STJ entende que é possível a imposição de regime especial de fiscalização, desde que haja previsão legal, inadimplemento reiterado de obrigações tributárias e tal regime não configure obstáculo desarrazoado à atividade empresarial, a ponto de coagir o contribuinte ao pagamento de seus débitos tributários, tendo em vista que, para esse mister, possui o Fisco meios próprios.

A disciplina do Regime Especial de Fiscalização não constitui medida alternativa ou excludente à cobrança judicial do crédito tributário vencido e não pago, mas sim consiste em medida preventiva, destinada a acompanhar o cotidiano da empresa que possua histórico de inadimplência contumaz, para evitar que novas ocorrências de fatos geradores sejam sucedidas por novos atos omissivos no que se refere ao dever de pagar os respectivos tributos.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ considera legítima a submissão de empresas ao Regime Especial de Fiscalização, excetuando-se apenas a hipótese em que este possua medidas que comprovadamente impliquem indevida restrição à atividade empresarial.

STJ. 2ª Turma. RMS 57.784/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 05/11/2019.

O STF também possui recente julgado afirmando que o regime fiscal diferenciado não é ilegítimo, desde que não inviabilize a atividade empresarial:

A submissão de contribuinte a regime fiscal diferenciado em virtude do inadimplemento reiterado não constitui sanção política condenada pela jurisprudência desta Corte, quando não inviabiliza o exercício da atividade empresarial, como reconhecido pela origem.

STF. 2ª Turma. ARE 1084307 AgR, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 12/03/2019.

Exemplo de situação na qual esse regime é ilegítimo:

Exemplo de situação na qual o STJ afirmou que o regime especial era ilegítimo porque, no caso concreto, limitava indevidamente a atividade empresarial:

A depender do caso concreto, este Tribunal Superior tem permitido a inclusão de contribuintes/responsáveis em Regimes Especiais de Fiscalização quando habituados a infrações tributárias, não se admitindo, porém, que as medidas fiscais impostas pelo respectivo regime possam inibir a regular atividade empresarial.

Hipótese em que a impetrante, incluída no Regime Especial de Fiscalização do Estado do Ceará, está sendo obrigada a pagar o ICMS durante o transporte das mercadorias que comercializa, por ocasião da passagem nos postos fiscais em rodovias, com a majoração da base de cálculo do imposto, por meio do aumento da Margem de Valor Agregado, a ser aplicada nos casos de substituição tributária, situação que evidencia ser a medida fiscal imposta à impetrante meio indireto de coerção para cobrança de tributos, eventualmente em atraso, pois o tratamento tributário diferenciado dificulta o exercício da atividade econômica, com o aumento da carga tributária enquanto vigente o Regime Especial de Fiscalização, o que não deve ser tolerado, à luz dos arts. 5º, XIII, e 170 da Constituição Federal.

STJ. 1ª Turma. RMS 51.523/CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 08/06/2017.

Analisando o caso concreto:

No caso concreto, a empresa impetrante reconhece que se encontra em situação de inadimplência e que possui vários débitos.

A autoridade impetrada prestou informações nas quais esclareceu que:

- a) “o impetrante, em função do descumprimento de obrigações (principais e acessórias), fora enquadrado na condição de ser fiscalizado de forma minuciosa em razão dos diversos descumprimentos”;
- b) “após constatação de vários descumprimentos, fora o impetrante enquadrado nos limites da Portaria 290/2018, que tem finalidade, entre outras coisas, de recebimento de tributo em lapso temporal menor e evitar que se materialize uma concorrência desleal entre contribuintes que cumprem suas obrigações e aqueles que não as cumprem”;
- c) “o impetrante insiste em não cumprir suas obrigações, seus débitos (regularmente constituídos) não são pagos e o Estado não pode se manter inerte, ante tais irregularidades”;
- d) “no caso em análise, o impetrante acumula débitos tributários e muitas outras infrações, registradas nos sistemas fazendários”.

Assim sendo, a empresa foi enquadrada nos termos da Portaria nº 290/2018, que encontra amparo nos arts. 194 a 196 do CTN, no art. 26, II, da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 76 da Lei nº 3.796/96 do Estado de Sergipe, e tem por finalidade fixar prazo para o recolhimento do imposto devido em lapso temporal menor (pagamentos diários do imposto devido), evitar que se materialize uma concorrência desleal entre contribuintes que cumprem suas obrigações e aqueles que não as cumprem, e acompanhar os contribuintes nela especificados, inclusive a impetrante, a qual continuava, reiteradamente, realizando

fatos geradores de ICMS, sem recolhimento do tributo, aumentando os débitos tributários já existentes e concorrendo desigualmente com os contribuintes que recolhem os tributos.

Diante disso, o STJ concluiu que a impetrante, após reiterados descumprimentos da legislação tributária estadual, não logrou êxito em demonstrar, mediante prova pré-constituída, que o Regime Especial de Fiscalização, na modalidade de prazo especial e sumário de recolhimento do ICMS, seria desarrazoado ou desproporcional ou estaria a inviabilizar indevidamente o livre exercício da sua atividade econômica, não se vislumbrando, assim, a presença de direito líquido e certo, a amparar a concessão do writ, quanto ao aludido Regime Especial de Fiscalização.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) Não é possível a homologação judicial de acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa se o processo já se encontra em fase recursal. ()
- 2) Não se admite a penhora do bem de família para saldar o débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel. ()
- 3) É ilegal a cláusula contratual que confere à gravadora a propriedade dos masters de obra musical. ()
- 4) A operadora de plano de saúde tem o dever de cobrir parto de urgência, por complicações no processo gestacional, ainda que o plano tenha sido contratado na segmentação hospitalar sem obstetrícia. ()
- 5) São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento. ()
- 6) A juntada nos autos de simples manifestação da União informando o envio de ofício, antes de despacho determinando a sua citação para responder a ação, não configura comparecimento espontâneo apto a suprir a falta de citação. ()
- 7) Nos casos em que já executado o título formado na primeira coisa julgada, ou se iniciada sua execução, deve prevalecer a primeira coisa julgada em detrimento daquela formada em momento posterior. ()
- 8) A qualificadora prevista no art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal (deformidade permanente) abrange somente lesões corporais que resultam em danos físicos. ()
- 9) O crime de estelionato praticado por meio de saque de cheque fraudado compete ao Juízo do local da agência bancária da vítima. ()
- 10) Excepcionalmente, admite-se a concessão da prisão domiciliar às presas do regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto, a proporcionalidade, adequação e necessidade da medida, e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes. ()
- 11) O incentivo fiscal outorgado por Estado-membro por meio de desoneração relativa ao ICMS integra a base de cálculo do IRPJ e CSLL. ()
- 12) Atendidos os requisitos previstos em lei, é legítima a submissão de empresas a Regime Especial de Fiscalização, salvo comprovação de que as medidas inviabilizem indevidamente o livre exercício da atividade econômica. ()

Gabarito

1. E	2. E	3. E	4. C	5. C	6. C	7. C	8. C	9. C	10. C
11. E	12. C								