

Informativo comentado:

Informativo 773-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

- A Administração Pública tem o poder discricionário de definir quantos servidores públicos podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público por estarem exercendo mandato classista.

SERVIDORES PÚBLICOS (APOSENTADORIA)

- O recebimento de adicional de insalubridade, por si só, não é suficiente para comprovação do efetivo exercício de atividade especial.

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

- É ilícita a conduta da operadora de plano de saúde que nega a inscrição de recém-nascido no plano de saúde de titularidade de avô, sendo a genitora dependente/beneficiária desse plano.

BANCO DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMIDORES

- Antes do consumidor ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito (exs: SPC/Serasa), ele precisa ser previamente notificado; essa notificação deve ser por carta, não podendo ser por e-mail ou SMS.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EXECUÇÃO FISCAL

- É possível a substituição da fiança bancária pelo seguro garantia nas execuções fiscais.

JUIZADOS ESPECIAIS

- A parte, ao escolher demandar junto ao juizado especial, renuncia o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir, e não só o limite quantitativo legal.

PROCESSO COLETIVO

- O sindicato possui legitimidade ativa para substituir os sucessores de servidores falecidos, independentemente de o óbito ter ocorrido antes do ajuizamento da execução.

DIREITO PENAL

PRESSCRIÇÃO

- É cabível a redução do art. 115 do CP se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos, o réu atinge idade superior a 70 anos.

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

- Competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar (decisão anterior a 30/11/2022).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COMPETÊNCIA

- *Havendo juízo especializado para apurar e julgar crimes praticados contra criança e adolescente, é este o competente independentemente do tipo de crime.*

CONEXÃO

- *É incabível a conexão de processos quando ausente a exposição de um liame circunstancial que demonstre a relação de interferência ou prejudicialidade entre as condutas criminosas.*

NULIDADES

- *O venire contra factum proprio também se aplica para o réu no processo penal.*
- *Declinada a competência do feito para a Justiça estadual, não cabe à Polícia Federal prosseguir nas investigações.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/COFINS

- *O ICMS-ST constitui parte integrante do custo de aquisição da mercadoria e, por conseguinte, deve ser admitido na composição do montante de créditos a ser deduzido para apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, no regime não cumulativo.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PREVIDÊNCIA PRIVADA

- *Competência para julgar ação proposta contra o patrocinador para recomposição de reserva matemática, em cumulação sucessiva ao pedido de revisão do benefício pela entidade fechada de previdência privada complementar.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

A Administração Pública tem o poder discricionário de definir quantos servidores públicos podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público por estarem exercendo mandato classista

ODS 16

A definição da quantidade de servidores públicos que podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público para o exercício de mandato classista faz parte do poder discricionário da administração pública.

STJ. 2^a Turma. AgInt no RMS 70.020-SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/4/2023 (Info 773).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O sindicato dos servidores do Ministério Público do Estado de Sergipe requereu que 3 (três) dos seus dirigentes fossem liberados da carga horária por estarem exercendo mandato classista.

O pedido foi baseado no art. 278 da Constituição Estadual:

Art. 278. É assegurada a liberação, com ônus para o órgão ou entidade de origem, de servidores públicos membros titulares da Diretoria de Sindicatos representativos das categorias de servidores públicos, até o limite de 03 (três), em tempo integral, ou 06 (seis) em termos de 50% (cinquenta por cento) da jornada de trabalho, garantidos os direitos e vantagens pessoais.

O Procurador-Geral de Justiça acolheu em parte o pedido e autorizou o afastamento de apenas 1 (um) membro da Diretoria do Sindicato.

O sindicato não concordou e impetrou mandado de segurança sustentando que a Administração não teria discricionariedade para liberar apenas 1 (um), como foi feito no caso.

O Tribunal de Justiça denegou a segurança, ou seja, julgou improcedente o pedido.

Ainda inconformado, o sindicato interpôs recurso ordinário.

O que decidiu o STJ? O Ministério Público poderia ter liberado apenas um único diretor do sindicato das suas obrigações de cumprimento da carga horária no serviço?

SIM.

Trata-se de mandado de segurança contra ato do Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe que deferiu o afastamento de apenas 1 (um) membro da Diretoria do Sindicato.

O sindicato defendeu haver direito líquido e certo dos dirigentes sindicais à liberação de carga horária nos termos do art. 278 da Constituição do Estado de Sergipe, o qual não restringiu o afastamento a (apenas) 1 (um) servidor público. Argumentou que o próprio TJ/SE libera três diretores em tempo integral com todos os direitos e vantagens e sem prejuízo algum da remuneração.

O STJ, contudo, não acolheu o pedido do sindicato.

A redação do art. 278 da CE/SE não é restritiva ao ponto de determinar que a liberação é de três ou de seis servidores em carga horária reduzida. Além disso, não deixa explícita a legitimidade de quem é a atribuição de definir a quantidade de servidores com carga horária reduzida ou dispensada.

Ademais, como destacado pelo Ministério Público estadual, o art. 8º, VIII, da Constituição Federal não garante a dispensa do empregado ao cumprimento de sua jornada de trabalho:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Por outro lado, entre os princípios da administração pública, estão a continuidade do serviço público e a impensoalidade. Logo, a fim de não prejudicar a prestação do serviço público, deve-se considerar que a expressão "até" no art. 278 da CE/SE é comando normativo que confere discricionariedade à administração pública.

A propósito, a jurisprudência do STJ, em hipóteses semelhantes, já reconheceu o poder discricionário da administração pública na definição de quantos servidores públicos podem ser dispensados do cumprimento de sua carga horária no cargo público.

Em suma:

A definição da quantidade de servidores públicos que podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público para o exercício de mandato classista faz parte do poder discricionário da administração pública.

STJ. 2ª Turma. AgInt no RMS 70.020-SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/4/2023 (Info 773).

SERVIDORES PÚBLICOS (APOSENTADORIA)

**O recebimento de adicional de insalubridade, por si só, não é suficiente
para comprovação do efetivo exercício de atividade especial**

ODS 16

A percepção de adicional de insalubridade pelo segurado, por si só, não lhe confere o direito de ter o respectivo período reconhecido como especial, porquanto os requisitos para a

percepção do direito trabalhista são distintos dos requisitos para o reconhecimento da especialidade do trabalho no âmbito da previdência social.

STJ. 2^a Turma. AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1.865.832-SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 3/4/2023 (Info 773).

O que é aposentadoria especial?

Aposentadoria especial é aquela cujos requisitos e critérios exigidos do beneficiário são mais favoráveis que os estabelecidos normalmente para as demais pessoas.

Quem tem direito à aposentadoria especial no serviço público?

Antes da Reforma da Previdência (EC 103/2019), a Constituição Federal dizia o seguinte:

Art. 40 (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

- I - portadores de deficiência;
- II - que exerçam atividades de risco;
- III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

O § 4º do art. 40 da CF exigia, portanto, que fossem editadas leis complementares definindo os critérios para a concessão da aposentadoria especial aos servidores públicos em cada uma das hipóteses dos incisos acima listados.

A lei complementar de que trata o inciso III já tinha sido editada?

NÃO.

O que acontecia, já que não existia a LC?

Como ainda não havia a referida lei complementar disciplinando a aposentadoria especial do servidor público, o STF reconheceu que o Presidente da República estava em “mora legislativa” por ainda não ter enviado ao Congresso Nacional o projeto de lei para regulamentar o antigo art. 40, § 4º, III da CF/88. Diante disso, o STF, ao julgar o Mandado de Injunção nº 721/DF (e vários outros que foram ajuizados depois), determinou que, enquanto não fosse editada a LC regulamentando o antigo art. 40, § 4º, III, da CF/88, deveriam ser aplicadas, aos servidores públicos, as regras de aposentadoria especial dos trabalhadores em geral (regras do Regime Geral de Previdência Social — RGPS), previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Logo, os servidores públicos que exerciam atividades sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física (antigo art. 40, § 4º, III da CF/88) teriam direito de se aposentar com menos tempo de contribuição que os demais agentes públicos.

O STF editou uma súmula espelhando o entendimento:

Súmula vinculante 33-STF: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

Vale ressaltar que a SV 33-STF somente trata sobre a aposentadoria especial do servidor público baseada no inciso III do § 4º do art. 40 da CF/88 (atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física), não abrangendo as hipóteses dos incisos I (deficientes) e II (atividades de risco).

Regime posterior à EC 103/2019 (regime atual)

A Reforma da Previdência (EC 103/2019) alterou a redação do § 4º do art. 40:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Antes da EC 103/2019	Depois da EC 103/2019
<p>Art. 40 (...)</p> <p>§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:</p> <ul style="list-style-type: none"> I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. <p>Não havia § 4º-C.</p>	<p>Art. 40 (...)</p> <p>§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º.</p>
	<p>Art. 40 (...)</p> <p>§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.</p>

A EC 103/2019 previu agora que ente federado poderá estabelecer, por lei complementar, idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

Desse modo, após EC 103/2019, não se pode mais afirmar que os servidores tenham direito à conversão com base na aplicação do regime geral. Para se ter direito à conversão, é necessário que o respectivo ente edite uma lei complementar prevendo.

Feitos esses esclarecimentos, imagine a seguinte situação hipotética ocorrida antes da EC 103/2019:

João trabalhou durante 20 anos no cargo de operador de tratamento de esgoto em uma autarquia municipal.

João recebeu adicional de insalubridade durante os anos em que exerceu essa função.

Em 2013, João requereu sua aposentadoria.

Ele pediu que os 20 anos em que trabalhou como operador de tratamento de esgoto fossem reconhecidos como tempo especial. O argumento invocado por João foi o de que nesse período ele recebeu adicional de insalubridade. Logo, teria ficado reconhecido o tempo especial.

O argumento invocado por João é acolhido pelo STJ? O simples fato de o trabalhador receber adicional por insalubridade significa que esse período tenha que ser reconhecido como especial para fins previdenciários?

NÃO.

O STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de que:

A percepção de adicional de insalubridade pelo segurado, por si só, não lhe confere o direito de ter o respectivo período reconhecido como especial. Isso porque os requisitos para a percepção do direito

trabalhista são distintos dos requisitos para o reconhecimento da especialidade do trabalho no âmbito da Previdência Social.

STJ. 2^a Turma. REsp 1.476.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 16/3/2015.

O recebimento de adicional de insalubridade, por si só, não é suficiente para comprovação do efetivo exercício de atividade especial.

STJ. 1^a Turma. AgInt no AREsp 219.422/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 31/8/2016.

Em suma:

A percepção de adicional de insalubridade pelo segurado, por si só, não lhe confere o direito de ter o respectivo período reconhecido como especial, porquanto os requisitos para a percepção do direito trabalhista são distintos dos requisitos para o reconhecimento da especialidade do trabalho no âmbito da previdência social.

STJ. 2^a Turma. AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1.865.832-SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 3/4/2023 (Info 773).

DIREITO DO CONSUMIDOR**PLANO DE SAÚDE**

É ilícita a conduta da operadora de plano de saúde que nega a inscrição de recém-nascido no plano de saúde de titularidade de avô, sendo a genitora dependente/beneficiária desse plano

ODS 3 E 16

Caso hipotético: Tiago, filho de Mariana (17 anos), nasceu prematuro e com peso abaixo do indicado, e necessitou de cuidados de urgência e emergência, razão pela qual foi internado na UTI Neonatal. Mariana é beneficiária dependente do plano de saúde XX, contratado por seu pai Mariano. A operadora se recusou a incluir Tiago, o recém-nascido, no plano de saúde, sob o argumento de que o titular do plano era Mariano, avô de Tiago, e, por isso, o bebê não faria jus à qualificação de dependente.

Não agiu corretamente o plano de saúde.

É ilícita a conduta da operadora de plano de saúde que nega a inscrição de recém-nascido no plano de saúde de titularidade de avô, sendo a genitora dependente/beneficiária desse plano. Vimos que Tiago tem direito de se inscrever no plano de saúde. Vamos imaginar, contudo, que ele não tivesse direito. Neste caso, o plano de saúde poderia interromper o tratamento após esgotado o prazo de 30 dias, mesmo que Tiago ainda não tivesse recebido alta?

NÃO. Se a criança ainda não se recuperou, o esgotamento do prazo de 30 (trinta) dias após o parto não pode provocar a descontinuidade do tratamento médico-hospitalar, devendo haver a extensão do trintídio legal até a alta médica do recém-nascido.

É abusiva a atitude da operadora que tenta descontinuar o custeio de internação do neonato que seja filho de dependente e neto do titular ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias de seu nascimento.

STJ. 3^a Turma. REsp 2.049.636-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/4/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Tiago, filho de Mariana (17 anos), nasceu prematuro e com peso abaixo do indicado, e necessitou de cuidados de urgência e emergência, razão pela qual foi internado na UTI Neonatal.

Mariana é beneficiária dependente do plano de saúde XX, contratado por seu pai Mariano.

Recapitulando:

- Mariano: titular do plano de saúde (pai de Mariana).
- Mariana: menor dependente do pai no plano de saúde.
- Tiago: filho de Mariana e neto de Mariano.

A operadora se recusou a incluir Tiago, o recém-nascido, no plano de saúde, sob o argumento de que o titular do plano era Mariano, avô de Tiago, e, por isso, o bebê não faria jus à qualificação de dependente.

Agiu corretamente o plano de saúde?

NÃO.

A operadora é obrigada a inscrever o recém-nascido, filho de dependente e neto do titular, no plano de saúde, na condição de dependente, quando houver requerimento administrativo.

É o que se depreende do art. 12, III, "b", da Lei nº 9.656/98 c/c o art. 21, II e III, da RN-ANS nº 465/2021:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

(...)

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

Art. 21. O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no art. 19, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, devendo garantir cobertura para:

(...)

II - assistência ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário titular, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto, isento do cumprimento dos períodos de carência já cumpridos pelo titular; e

III - opção de inscrição do recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário titular, ou de seu dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência já cumpridos pelo titular, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou adoção.

Parágrafo único. Para fins de cobertura do pré-natal, parto normal e pós-parto listado nos Anexos, este procedimento poderá ser realizado por enfermeiro obstétrico ou obstetriz habilitados, conforme legislação vigente, de acordo com o art. 6º.

A opção de inscrição do recém-nascido no plano de saúde é para filho do titular, bem como para filho de seu dependente. A lei emprega o termo "consumidor", possibilitando a inscrição não só do neonato filho do titular, mas também de seu neto no plano de saúde, na condição de dependente e não de agregado. Independentemente de haver inscrição do recém-nascido no plano de saúde do beneficiário-consumidor, da segmentação hospitalar com obstetrícia, possui o neonato proteção assistencial nos primeiros 30 (trinta) dias depois do parto, sendo considerado, nesse período, um usuário por equiparação, ao lado, portanto, de seu genitor titular ou genitor dependente (art. 12, III, "a", da Lei nº 9.656/98).

Assim, conclui-se que:

É ilícita a conduta da operadora de plano de saúde que nega a inscrição de recém-nascido no plano de saúde de titularidade de avô, sendo a genitora dependente/beneficiária desse plano.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.049.636-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/4/2023 (Info 773).

Vimos acima que Tiago tem direito de se inscrever no plano de saúde. Vamos imaginar, contudo, que ele não tivesse direito. Neste caso, o plano de saúde poderia interromper o tratamento após esgotado o prazo de 30 dias, mesmo que Tiago ainda não tivesse recebido alta?

NÃO.

Se a criança ainda não se recuperou, o esgotamento do prazo de 30 (trinta) dias após o parto não pode provocar a descontinuidade do tratamento médico-hospitalar, devendo haver a extensão do trintídio legal até a alta médica do recém-nascido.

O recém-nascido sem inscrição no plano de saúde não pode ficar ao desamparo enquanto perdurar sua terapia, sendo sua situação análoga à do beneficiário sob tratamento médico, cujo plano coletivo foi extinto. Em ambas as hipóteses deve haver o custeio temporário, pela operadora, das despesas assistenciais até a alta médica, em observância aos princípios da boa-fé, da função social do contrato, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Nessas situações, exaurido o prazo legal, o neonato não inscrito, a título de contraprestação, deve ser considerado como se inscrito fosse, mesmo que provisoriamente, o que lhe acarreta não o resarcimento de despesas conforme os valores de tabela da operadora, mas o recolhimento de quantias correspondentes a mensalidades de sua categoria, a exemplo também do que acontece com os beneficiários sob tratamento assistencial em planos extintos.

Desse modo:

É abusiva a atitude da operadora que tenta descontinuar o custeio de internação do neonato que seja filho de dependente e neto do titular ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias de seu nascimento.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.049.636-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/4/2023 (Info 773).

DOD PLUS – RELEMBRE O JULGADO ABAIXO QUE CORROBORA O QUE FOI EXPLICADO ACIMA:

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina é cliente de um plano de saúde.

Vale ressaltar que seu contrato oferece cobertura inclusive para tratamento obstétrico.

Regina ficou grávida e deu à luz a Lucas.

Ocorre que o bebê apresentou problema cardíaco ao nascer e necessitou de cirurgia.

Indaga-se: o plano de saúde é obrigado a oferecer cobertura a esse recém-nascido?

SIM. O art. 12 da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) prevê diversas modalidades de planos de saúde, estabelecendo os serviços que são incluídos.

No caso de ter sido contratado o plano com atendimento obstétrico, esse serviço abrange também a cobertura assistencial do recém-nascido nos 30 primeiros dias após o parto. Veja:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

(...)

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

Importante explicar que para ter direito ao atendimento, não é necessário que o recém-nascido esteja incluído ou seja cadastrado no plano. Esse é um direito que decorre do simples fato de ser filho do cliente do plano.

Em suma, o plano de saúde deve autorizar o tratamento do recém-nascido sem impor dificuldades, considerando que a Lei nº 9.656/98 garante este direito.

É importante alertar, no entanto, que, mesmo já recebendo o tratamento, o filho recém-nascido deverá ser inscrito no plano de saúde no prazo de 30 dias para ter direito de se tornar dependente do titular (pai ou mãe), sem a exigência de carência:

Art. 12. (...)

III - quando incluir atendimento obstétrico:

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

Voltando ao caso concreto:

No caso, logo após o parto, o neonato foi submetido à cirurgia cardíaca. O plano cesteou o procedimento. Ocorre que Lucas necessitou de internação hospitalar por período superior a 30 dias.

Diante daquele cenário de desespero por conta da internação, os pais de Lucas nem o inscreveram como dependente no plano de saúde da genitora.

Logo, após o 30º dia, o plano não mais aceitou custear as despesas de internação de Lucas.

Agiu corretamente o plano?

NÃO. Vamos entender com calma.

O art. 12, III, “a”, da Lei nº 9.656/98 estabelece verdadeira garantia de cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto.

Nesse mesmo prazo, é assegurada a inscrição do recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente no plano de saúde, isento do cumprimento dos períodos de carência (art. 12, III, “b”, da Lei nº 9.656/98).

A conjugação dos citados dispositivos legais permite inferir que:

- até o 30º dia após o parto, a cobertura assistencial do recém-nascido decorre do vínculo contratual havido entre a operadora e a parturiente, beneficiária de plano de saúde que inclui atendimento de obstetrícia;
- a partir do 31º dia, a cobertura assistencial do recém-nascido pressupõe a sua inscrição como beneficiário no plano de saúde, momento em que se forma o vínculo contratual entre este e a operadora e se torna exigível o pagamento da contribuição correspondente.

À luz do contexto dos autos, portanto, a interpretação puramente literal do art. 12, III, “a” e “b”, da Lei nº 9.656/98, autorizaria a operadora a negar a cobertura assistencial ao recém-nascido a partir do seu 31º dia de vida, como, de fato, o fez. Ocorre que a interpretação sistemática e teleológica conduz a uma outra conclusão.

Fundada na dignidade da pessoa humana e em homenagem aos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da segurança jurídica, a jurisprudência do STJ firmou a orientação de que, “não obstante seja possível a resilição unilateral e imotivada do contrato de plano de saúde coletivo, deve ser resguardado o direito daqueles beneficiários que estejam internados ou em pleno tratamento médico” (REsp 1.818.495/SP, Terceira Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 11/10/2019).

Logo, ainda que se admita a extinção do vínculo contratual e, por conseguinte, a cessação da cobertura pela operadora do plano de saúde, é sempre garantida a continuidade da assistência médica em favor de quem se encontra internado ou em tratamento médico indispensável a própria sobrevivência/incolumidade.

Então, se, de um lado, a lei exime a operadora da obrigação de custear o tratamento médico prescrito para o neonato, após o 30º dia do parto, se ele não foi inscrito como beneficiário do plano de saúde, impede, de outro lado, que se interrompa o tratamento ainda em curso, assegurando, pois, a cobertura assistencial até a sua alta hospitalar.

Nesse contexto, após o prazo de 30 (trinta) dias do nascimento, o neonato submetido a tratamento terapêutico e não inscrito no plano de saúde deve ser considerado usuário por equiparação. Em outras palavras, deve ser considerado como se inscrito fosse, ainda que provisoriamente, o que lhe acarreta não o ressarcimento de despesas conforme os valores de tabela da operadora, mas o recolhimento de quantias correspondentes a mensalidades de sua categoria, a exemplo também do que acontece aos beneficiários sob tratamento assistencial em planos extintos.

Em suma:

Após o prazo de 30 (trinta) dias do nascimento, o neonato submetido a tratamento terapêutico e não inscrito no plano de saúde deve ser considerado usuário por equiparação, o que acarreta o recolhimento de quantias correspondentes a mensalidades de sua categoria.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.953.191-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/02/2022 (Info 727).

BANCO DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMIDORES

Antes do consumidor ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito (exs: SPC/Serasa), ele precisa ser previamente notificado; essa notificação deve ser por carta, não podendo ser por e-mail ou SMS

Importante!!!

ODS 12 E 16

A notificação prévia à inscrição do consumidor em cadastro de inadimplentes, prevista no §2º, do art. 43, do CDC, não pode ser realizada, exclusivamente, por e-mail ou por mensagem de texto de celular (SMS).

Na sociedade brasileira contemporânea, fruto de um desenvolvimento permeado, historicamente, por profundas desigualdades econômicas e sociais, não se pode ignorar que o consumidor, parte vulnerável da relação, em muitas hipóteses, não possui endereço eletrônico (e-mail) ou, quando o possui, não tem acesso facilitado a computadores, celulares ou outros dispositivos que permitam acessá-lo constantemente e sem maiores dificuldades, ressaltando-se a sua vulnerabilidade técnica, informacional e socioeconômica.

A notificação do consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito exige o prévio envio de correspondência ao seu endereço, sendo vedada a notificação exclusiva por meio de e-mail ou mensagem de texto de celular (SMS).

STJ. 3ª Turma. REsp 2.056.285-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/4/2023 (Info 773).

Se o consumidor está inadimplente, o fornecedor poderá incluí-lo em cadastros de proteção ao crédito (exs.: SPC e SERASA)?

SIM.

Qual o cuidado prévio que deve ser tomado?

A abertura de qualquer cadastro, ficha, registro e dados pessoais ou de consumo referentes ao consumidor deverá ser comunicada por escrito a ele (§ 2º do art. 43 do CDC).

Logo, o órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito deverá notificar o devedor antes de proceder à inscrição:

Súmula 359-STJ: Cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

- (Promotor MP/GO 2019) A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitado por ele. Logo, cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor após proceder à inscrição. (ERRADO)

Assim, é ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º do CDC.

Em outras palavras, antes de “negativar” o nome do consumidor, o SPC ou a SERASA deverão notificá-lo por escrito, informando acerca dessa possibilidade, a fim de que o consumidor, se quiser, possa pagar o débito ou questioná-lo judicialmente.

O que acontece se não houver essa notificação prévia?

A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito enseja indenização por danos morais, a ser paga pelos órgãos mantenedores de cadastros restritivos (exs.: SERASA, SPC).

Como é comprovada essa notificação prévia? Exige-se prova de que o consumidor tenha efetivamente recebido a notificação?

NÃO. Basta que seja provado que foi enviada uma correspondência ao endereço do consumidor notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento (AR):

Súmula 404-STJ: É dispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.

- (Promotor MP/GO 2019) É indispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros. (ERRADO)

É possível que essa prévia notificação seja feita por e-mail ou SMS?

NÃO.

A vulnerabilidade do consumidor, presumida pelo CDC, não decorre apenas de fatores econômicos, desdobrando-se em diversas espécies. Assim, pode-se falar em:

- a) vulnerabilidade informacional;
- b) vulnerabilidade técnica;
- c) vulnerabilidade jurídica ou científica; e
- d) vulnerabilidade fática ou socioeconômica.

Admitir a notificação, exclusivamente, via e-mail ou por simples mensagem de texto de celular representaria diminuição da proteção do consumidor, caminhando em sentido contrário ao escopo da norma, causando lesão ao bem ou interesse juridicamente protegido.

A regra é que os consumidores possam atuar no mercado de consumo sem mácula alguma em seu nome; a exceção é a inscrição do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes, desde que autorizada pela lei. Está em mira a própria dignidade do consumidor (art. 4º, caput, do CDC).

De acordo com a doutrina:

“Os arquivos de consumo, em todo o mundo, são vistos com desconfiança. Esse receio não é destituído de fundamento, remontando a quatro traços básicos inerentes a esses organismos e que se chocam com máximas da vida democrática contemporânea, do Welfare State: a unilateralidade (só arquivam dados de um dos sujeitos da relação obrigacional), a invasividade (disseminam informações que, normalmente, integram o repositório da vida privada do cidadão), a parcialidade (enfatizam os aspectos negativos da vida financeira do consumidor) e o descaso

pelo *due process* (negam ao 'negativado' direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional). Por isso mesmo, submetem-se eles a rígido controle legal" (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini... [et.al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 426).

Desse modo, não há como se admitir que a notificação do consumidor seja realizada, tão somente, por simples e-mail ou mensagem de texto de celular, por se tratar de exegese ampliativa que, na espécie, não deve ser admitida.

Além disso, examinando os precedentes que deram origem à Súmula 404 do STJ, constata-se que, muito embora afastem a necessidade do aviso de recebimento (AR), não deixam de exigir que a notificação do § 2º do art. 43 do CDC seja realizada mediante envio de correspondência ao endereço do devedor.

Não se pode olvidar que a referida súmula, ao dispensar o aviso de recebimento (AR), já operou relevante flexibilização nas formalidades da notificação ora examinada, não se revelando razoável nova flexibilização em prejuízo da parte vulnerável da relação de consumo sem que exista justificativa alguma para tal medida. Nesse sentido, em âmbito doutrinário, é comum a afirmação de que, para o cumprimento da exigência prevista no § 2º do art. 43 do CDC, embora não seja necessário o aviso de recebimento (AR), "basta a comprovação de sua postagem para o endereço informado pelo devedor ao credor" (THEDORO JR., Humberto. Direitos do Consumidor. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

No mesmo sentido, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves afirmam que "basta ao órgão que mantém o cadastro comprovar que enviou a comunicação por carta ao endereço do devedor fornecido, não havendo necessidade de ser evidenciado que o último foi efetivamente comunicado" (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, 2022).

Na sociedade brasileira contemporânea, fruto de um desenvolvimento permeado, historicamente, por profundas desigualdades econômicas e sociais, não se pode ignorar que o consumidor, parte vulnerável da relação, em muitas hipóteses, não possui endereço eletrônico (e-mail) ou, quando o possui, não tem acesso facilitado a computadores, celulares ou outros dispositivos que permitam acessá-lo constantemente e sem maiores dificuldades, ressaltando-se a sua vulnerabilidade técnica, informacional e socioeconômica.

Não se pode negar, é verdade, que a utilização de e-mail e mensagens de texto via celular (SMS) representa, na atual sociedade da informação, importante avanço tecnológico. Tais recursos podem contribuir para aprimorar o relacionamento entre as partes no âmbito das relações de consumo. Não se revela lícita, no entanto, a sua utilização exclusiva como mecanismo único de notificação do consumidor acerca da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo.

Trata-se de interpretação que se amolda não apenas à realidade social, mas também à própria principiologia que alicerça o microssistema consumerista, representando exegese protetiva e, portanto, mais favorável aos consumidores.

Desse modo, partindo-se da interpretação teleológica e restritiva do §2º, do art. 43, do CDC, e tendo em vista o imperativo de proteção do consumidor como parte vulnerável, conclui-se que a notificação do consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito exige o envio de correspondência ao seu endereço, sendo vedada a notificação exclusiva através de e-mail ou mensagem de texto de celular (SMS).

Em suma:

A notificação do consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito exige o prévio envio de correspondência ao seu endereço, sendo vedada a notificação exclusiva por meio de e-mail ou mensagem de texto de celular (SMS).

STJ. 3ª Turma. REsp 2.056.285-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/4/2023 (Info 773).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL**EXECUÇÃO FISCAL**

É possível a substituição da fiança bancária pelo seguro garantia nas execuções fiscais

ODS 16

É possível a substituição da fiança bancária pelo seguro garantia, com base no art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, desde que observados os requisitos formais para a emissão do instrumento de garantia no âmbito judicial, bem como respeitadas as peculiaridades próprias do microssistema das execuções fiscais do crédito tributário e o regramento previsto no CPC/2015.

STJ. 1^a Turma. AgInt no AREsp 2.020.002-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 20/3/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A Fazenda Pública estadual ajuizou execução fiscal contra a empresa Alfa Ltda.

A executada ofereceu carta de fiança bancária expedida pelo Banco Bradesco como garantia da dívida.

A credora foi ouvida e concordou com a garantia prestada (fiança bancária).

Com o juízo garantido, a empresa opôs embargos para discutir o débito, ficando a execução fiscal sobreposta.

Ocorre que, após alguns meses, a empresa executada compareceu nos autos da execução e informou que os custos de manutenção da carta de fiança estão muito altos e que isso vem prejudicando a sua saúde financeira.

Por essa razão, com o objetivo de minimizar os custos, a empresa requereu ao juízo a substituição da fiança bancária por um seguro garantia, que é mais “barato”.

Ouvida, a Fazenda Pública se manifestou contra o pedido. Alegou que substituição lhe é prejudicial considerando que o instituto da fiança é mais amplo que o do seguro. O fiador é tão devedor quanto o executado. Assim, o banco responde integralmente pela dívida. Já o seguro garante apenas o prêmio dentro das condições contratuais.

O juiz e o TJ/SP indeferiram o pedido de substituição.

Inconformada, a empresa interpôs recurso especial.

O que decidiu o STJ? Em tese, é possível a substituição da fiança bancária pelo seguro garantia?

SIM.

O art. 15, I, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) dispõe que:

Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e

(...)

No caso dos autos, discutia-se a possibilidade de substituição da fiança bancária por seguro garantia.

Tanto na fiança bancária quanto no seguro garantia, o crédito tributário é garantido por terceiro estranho à relação processual. A diferença está no fato de que a carta fiança é emitida por instituição financeira e o seguro garantia é contratado com uma empresa seguradora.

Sob o aspecto quantitativo, a substituição da garantia da fiança bancária por seguro garantia não traz prejuízo para o credor, especialmente por conta da regra prevista no art. 835, § 2º, do CPC/2015, aplicável às execuções fiscais:

Art. 835 (...)

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

Considerada a informação prestada pela empresa de que a despesa com o seguro garantia é inferior à despendida com a fiança bancária, o deferimento da substituição nesse caso também atende o princípio da menor onerosidade, sem infirmar a efetividade do processo executivo que importe em prejuízo ao credor.

No caso concreto, o STJ reconheceu a possibilidade de substituição da fiança bancária por seguro garantia com valor correspondente ao valor integral do débito, tendo sido determinado ao juízo de primeiro grau que verifique se o seguro apresentado é suficiente à garantia do juízo. Se não for suficiente, o magistrado deverá intimar a empresa devedora para que esta apresente o seguro garantia em valor suficiente à garantia integral do débito exequendo.

Em suma:

É possível a substituição da fiança bancária pelo seguro garantia, com base no art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, desde que observados os requisitos formais para a emissão do instrumento de garantia no âmbito judicial, bem como respeitadas as peculiaridades próprias do microssistema das execuções fiscais do crédito tributário e o regramento previsto no CPC/2015.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 2.020.002-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 20/3/2023 (Info 773).

JUIZADOS ESPECIAIS

A parte, ao escolher demandar junto ao juizado especial, renuncia o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir, e não só o limite quantitativo legal

ODS 16

Caso hipotético: João celebrou contrato de financiamento bancário com uma instituição financeira. Um tempo depois, o consumidor percebeu que foram embutidos no contrato algumas tarifas indevidas. João ingressou com ação questionando essas tarifas, pedindo a sua restituição em dobro. Essa ação foi proposta no Juizado Especial.

O juiz julgou o pedido procedente para declarar as tarifas nulas de pleno direito e determinar a restituição em dobro. Houve o trânsito em julgado e iniciou-se o cumprimento de sentença. Vale ressaltar que nessa ação, não foram discutidos os juros contratuais que incidiram sobre as tarifas nem quaisquer encargos cobrados sobre elas.

Algum tempo depois, João ingressou com nova ação contra o banco, dessa vez pedindo a declaração da ilegalidade da cobrança dos juros contratuais incidentes sobre as tarifas declaradas nulas na primeira ação.

O pedido não pode ser conhecido. À luz de uma interpretação teleológico-sistêmica do disposto no § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, a parte (João), ao escolher ingressar com a ação no Juizado Especial, renunciou o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir.

STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 2.002.685-PB, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27/3/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

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

Um tempo depois, o consumidor percebeu que foram embutidos no contrato algumas tarifas indevidas.

Diante disso, João ingressou com ação questionando essas tarifas. Na petição inicial, João pediu para que o banco fosse condenado a “restituir, em dobro, o valor das tarifas indevidamente exigidas, corrigidas monetariamente mais juros legais a partir da data do efetivo prejuízo”.

Essa ação foi proposta no Juizado Especial.

O juiz julgou o pedido procedente para declarar as tarifas nulas de pleno direito e determinar a restituição João em dobro, na forma do Código de Defesa do Consumidor.

Houve o trânsito em julgado e iniciou-se a fase de execução (cumprimento de sentença).

Vale ressaltar que nessa ação, não foram discutidos os juros contratuais que incidiram sobre as tarifas nem quaisquer encargos cobrados sobre elas.

Nova ação

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

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

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

Além disso, a instituição argumentou que João, ao escolher demandar no Juizado Especial, renunciou o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir.

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

SIM.

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

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

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

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

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

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

Ao propor a ação no Juizado, houve renúncia ao crédito excedente

O art. 3º, § 3º, da Lei nº 9.099/95 prevê que:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
(...)

§ 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

À luz de uma interpretação teleológico-sistemática do disposto no § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, a parte (João), ao escolher ingressar com a ação no Juizado Especial, renunciou o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir.

Em suma:

A parte, ao escolher demandar junto ao juizado especial, renuncia o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir, e não só o limite quantitativo legal.

STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 2.002.685-PB, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27/3/2023 (Info 773).

PROCESSO COLETIVO

O sindicato possui legitimidade ativa para substituir os sucessores de servidores falecidos, independentemente de o óbito ter ocorrido antes do ajuizamento da execução

ODS 16

Caso adaptado: João era aposentado como Técnico da Receita Federal. Em 27/11/2003, ele faleceu. Sua esposa Regina passou a receber pensão por morte.

Em 15/07/2004, foi instituída uma gratificação paga apenas aos técnicos da ativa.

Em 16/12/2004, o Sindicato impetrou mandado de segurança coletivo pedindo para que a gratificação também fosse paga aos aposentados e pensionistas.

Em 05/07/2019, Regina veio a óbito.

Em 15/10/2020, o mandado de segurança coletivo foi julgado procedente e transitou em julgado. Ficou reconhecido que os aposentados e pensionistas também tinham direito de receber a gratificação.

Os herdeiros de Regina poderão ingressar com cumprimento de sentença pedindo a execução da sentença coletiva proferida no mandado de segurança.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.026.557-PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 20/3/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação adaptada:

João era aposentado como Técnico da Receita Federal desde 2001.

Em 27/11/2003, João faleceu. Sua esposa Regina passou a receber pensão por morte.

Em 15/07/2004, foi publicada a Lei nº 10.910/2004, que criou a Gratificação de Incremento da Fiscalização e da Arrecadação (GIFA), destinada aos servidores da ativa.

Em 16/12/2004, o Sindicato dos Técnicos da Receita Federal impetrou mandado de segurança coletivo pedindo para que a GIFA também fosse paga aos aposentados e pensionistas sujeitos ao regime previdenciário anterior ao da EC 41/2003.

Em 05/07/2019, Regina veio a óbito.

Em 15/10/2020, chegou ao fim o mandado de segurança coletivo, tendo o pedido sido julgado procedente.

Em outras palavras, ficou reconhecido que os aposentados e pensionistas também tinham direito de receber a gratificação. Logo, Regina deveria ter recebido o valor da gratificação na sua pensão, de 15/07/2004 até 05/07/2019.

Regina deixou seus filhos Eduarda e Pedro como únicos herdeiros.

Eduarda e Pedro poderão ingressar com cumprimento de sentença pedindo a execução da sentença coletiva proferida no mandado de segurança?

SIM.

Na data do ajuizamento do mandado de segurança coletivo, o Sindicato também representava Regina (pensionista). Logo, os seus sucessores têm legitimidade para pleitear os valores não recebidos em vida pelo *de cuius*.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que:

O sindicato possui legitimidade ativa para substituir os sucessores de servidores falecidos, independentemente de o óbito ter ocorrido antes do ajuizamento da execução.

STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1.881.628/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/11/2020.

O sindicato possui legitimidade ativa para substituir os sucessores dos servidores públicos falecidos. Por isso, ainda que o óbito tenha ocorrido no curso da ação de conhecimento, é possível o ajuizamento da execução pelo ente sindical.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.848.480/PE, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 22/9/2020.

(...) 1. No caso, a discussão gira em torno da legitimidade do Sindicato para substituir processualmente a pensionista Cecília Braga do Couto (viúva do Servidor falecido) e que estava viva à época da proposta da ação de conhecimento em 1999 (Ação Coletiva 1999.71.00.023240-3).

2. O STJ o possui entendimento de que é razoável considerar que o sindicato tem legitimidade ativa para substituir a pensionista diante da natureza do vínculo que a pensão gera em relação à viúva do servidor, devendo esta ser incluída, portanto, na categoria representada pelo sindicato, sendo desnecessária sua efetiva filiação à entidade.

STJ. 1ª Turma. AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1632524/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/11/2020.

Em suma:

O sindicato possui legitimidade ativa para substituir os sucessores de servidores falecidos, independentemente de o óbito ter ocorrido antes do ajuizamento da execução.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.026.557-PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 20/3/2023 (Info 773).

DIREITO PENAL

PRESCRIÇÃO

É cabível a redução do art. 115 do CP se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos, o réu atinge idade superior a 70 anos

Importante!!!

ODS 16

É cabível a redução do prazo prescricional pela metade (art. 115 do CP) se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos de declaração, o réu atinge a idade superior a 70 anos, tendo em vista que a decisão que julga os embargos integra a própria sentença condenatória.

STJ. 6ª Turma. EDcl no AgRg no REsp 1.877.388-CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2/5/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi denunciado pela prática de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, do CP) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, III do CP).

A denúncia foi recebida em 20/02/2015.

Em 21/03/2020, foi publicada sentença condenando o réu a pena de 3 anos de reclusão para cada crime. Desse modo, no total, o réu foi condenado a 6 anos de reclusão.

Em 22/03/2020, ou seja, um dia após a condenação, o réu completou 70 anos de idade.

O Ministério Público não recorreu, de forma que essa pena tornou-se definitiva para a acusação.

A defesa, por seu turno, em 23/03/2020, opôs embargos de declaração.

Em 24/04/2020, o juiz conheceu dos embargos de declaração, mas negou-lhes provimento.

No dia seguinte, a defesa peticionou nos autos pedindo o reconhecimento da prescrição.

O pedido da defesa deve ser acolhido? Houve prescrição?

SIM. Vejamos com calma.

Para calcular a prescrição, deve-se utilizar o total da pena imposta ao réu (6 anos) ou a pena de cada crime isoladamente (3 anos)?

A pena de cada crime isoladamente, conforme prevê o art. 119 do CP:

Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Desse modo, para calcular a prescrição, deve-se considerar a pena imposta para cada delito (3 anos) e não a soma dos dois.

Como a pena foi fixada em 3 anos, qual é o prazo prescricional nesse caso?

8 anos, conforme previsto no art. 109, IV c/c art. 110 do CP:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

O fato de o réu ser maior de 70 anos interfere na prescrição?

SIM. O Código Penal prevê que a prescrição deve ser contada com o prazo reduzido pela metade no caso de o condenado ter mais do que 70 anos. Veja:

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Assim, em vez de considerarmos 8 anos, devemos reduzir esse prazo para 4 anos.

O recebimento da denúncia interrompeu a contagem da prescrição?

SIM. Interrupção do prazo significa que ele é zerado e recomeça a ser contado a partir daquela data.

O art. 117 do CP traz os momentos em que o prazo da prescrição é interrompido.

Uma dessas causas é justamente o recebimento da denúncia, conforme prevê o inciso I:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:
I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
(...)

Tese da defesa

No caso concreto, a defesa alegava que, entre a data de recebimento da denúncia (em 20/02/2015) e a prolação da sentença condenatória (21/03/2020) já havia se passado 5 anos. Logo, estaria prescrita a pena

imposta pelos crimes, considerando que o réu teria direito à redução do art. 115 do CP. Assim, 8 anos seria o prazo prescricional normal e 4 anos o prazo reduzido pelo art. 115.

Tese do MP:

O MP, por sua vez, argumentou que não havia prescrição. Segundo o Parquet, o réu não poderia se beneficiar da redução prevista no art. 115 do CP, considerando que ele completou 70 anos após a data da prolação da sentença condenatória.

Desse modo, “na data da sentença”, o condenado não era maior de 70 anos, conforme exige o CP.

A jurisprudência acolhe a tese da defesa ou do Ministério Pùblico?

Da defesa.

É cabível a redução do prazo prescricional pela metade (art. 115 do CP) se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos de declaração, o réu atinge a idade superior a 70 anos, tendo em vista que a decisão que julga os embargos integra a própria sentença condenatória.

STJ. 6ª Turma. EDcl no AgRg no REsp 1.877.388-CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2/5/2023 (Info 773).

Como foram opostos embargos de declaração contra a sentença condenatória e se entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos o réu atingir idade superior a 70 anos, é possível aplicar o art. 115 do Código Penal, tendo em vista que a decisão que julga os embargos integra a própria sentença condenatória.

DOD PLUS – NÃO CONFUNDIR

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro, com 69 anos, foi condenado em 1ª instância.

O condenado interpôs apelação.

O Tribunal manteve a condenação, mas reduziu a pena de 13 anos para 4 anos e 6 meses.

Nesta data, ele já tinha 73 anos.

O réu pediu o reconhecimento de que ele teria direito à redução do art. 115 do CP. Argumentou que o acórdão, ao confirmar a sentença, constituiu-se novo édito condenatório, sobretudo porque reformou parcialmente a sentença, circunstância que repercutiria na redução do prazo prescricional.

O réu terá direito ao art. 115 do CP?

Prevalece que não. Veja julgados nesse sentido:

Para que incida a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do CP, é necessário que, no momento da sentença, o condenado possua mais de 70 anos. Se ele só completou a idade após a sentença, não terá direito ao benefício, mesmo que isso tenha ocorrido antes do julgamento de apelação interposta contra a sentença.

Existe, no entanto, uma situação em que o condenado será beneficiado pela redução do art. 115 do CP mesmo tendo completado 70 anos após a "sentença" (sentença ou acórdão condenatório): isso ocorre quando o condenado opõe embargos de declaração contra a sentença/acórdão condenatórios e esses embargos são conhecidos. Nesse caso, o prazo prescricional será reduzido pela metade se o réu completar 70 anos até a data do julgamento dos embargos. Nesse sentido: STF. Plenário. AP 516 ED/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 5/12/2013 (Info 731).

STF. 2ª Turma. HC 129696/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/4/2016 (Info 822).

O termo “sentença” contido no art. 115 do Código Penal se refere à primeira decisão condenatória, seja a do juiz singular ou a proferida pelo Tribunal, não se operando a redução do prazo prescricional quando o édito repressivo é confirmado em sede de apelação ou de recurso de natureza extraordinária.

STJ. 6ª Turma. HC 503.356/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 13/08/2019.

Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos. O termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação. A redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do CP não se relaciona com as causas interruptivas da prescrição previstas no art. 117 do mesmo diploma legal, tratando-se de fenômenos distintos e que repercutem de maneira diversa.

STJ. 6ª Turma. HC 316.110-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/06/2019 (Info 652).

Situação 1	Situação 2
<p>João, com 69 anos, foi condenado. Opôs embargos de declaração. No dia do julgamento dos embargos, já tinha mais que 70 anos. O réu terá direito à redução do art. 115 do CP.</p>	<p>Pedro, com 69 anos, foi condenado. Interpôs apelação. No dia do julgamento da apelação, já tinha mais que 70 anos. O réu não terá direito à redução do art. 115 do CP.</p>
<p>É cabível a redução do prazo prescricional pela metade (art. 115 do CP) se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos de declaração, o réu atinge a idade superior a 70 anos, tendo em vista que a decisão que julga os embargos integra a própria sentença condenatória.</p>	<p>Para que incida a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do CP, é necessário que, no momento da sentença, o condenado possua mais de 70 anos. Se ele só completou a idade após a sentença, não terá direito ao benefício, mesmo que isso tenha ocorrido antes do julgamento de apelação interposta contra a sentença.</p>
<p>STJ. 6ª Turma. EDcl no AgRg no REsp 1.877.388-CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2/5/2023 (Info 773).</p>	<p>STJ. 6ª Turma. HC 316.110-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/06/2019 (Info 652).</p>

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar (decisão anterior a 30/11/2022)

ODS 3,5 E 16

Tratando-se de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) e não havendo na localidade Vara especializada em delitos contra a criança e o adolescente, as ações penais distribuídas até 30/11/2022 tramitarão nas Varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.052.222/RJ, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), julgado em 18/4/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

“J” praticou estupro de vulnerável contra a própria filha, de 4 anos.

Surgiu uma dúvida quanto à competência para julgar esse delito: seria da vara criminal “comum” ou vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Tribunal de Justiça entendeu que a competência seria da vara criminal “comum”. Isso porque o que teria sido determinante para a prática do crime foi a tenra idade da vítima, não tendo o delito sido cometido em razão do gênero. Logo, não seria possível atrair a incidência da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

O Tribunal local não desconsiderou a presença vínculo doméstico na conduta praticada pelo réu. Todavia, entendeu não haver motivação de gênero na referida prática e priorizou a idade da vítima para afastar a competência da vara especializada.

O STJ concorda com esse entendimento manifestado pelo TJ?

Até bem pouco tempo, o STJ estava dividido:

Se o fator determinante que ensejou a prática do crime foi a tenra idade da vítima fica afastada a vara de violência doméstica e familiar? Ex: estupro de vulnerável praticado por pai contra a filha, de 4 anos	
SIM	NÃO
<p>Para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. Se o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, mas sim a tenra idade da ofendida, que residia sobre o mesmo teto do réu, que com ela manteve relações sexuais, não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.</p> <p>STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1020280/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 23/08/2018.</p>	<p>A idade da vítima é irrelevante para afastar a competência da vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher e as normas protetivas da Lei Maria da Penha. O que importa é constatar que não apenas a agressão sexual se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal.</p> <p>É descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Pena, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.</p> <p>A Lei nº 11.340/2006 nada mais objetiva do que proteger vítimas, contra quem os abusos aconteceram no ambiente doméstico e decorreram da distorção sobre a relação familiar decorrente do pátio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, elementos suficientes para atrair a competência da vara especializada em violência doméstica.</p> <p>A prevalecer o outro entendimento, crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica - segmento especial e prioritariamente protegido pela Constituição (art. 227) - passariam a ter um âmbito de proteção menos efetivo do que mulheres adultas.</p> <p>STJ. 6ª Turma. RHC 121.813-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/10/2020 (Info 682).</p>

A questão foi pacificada em embargos de divergência. Qual das duas correntes prevaleceu? Se o fator determinante que ensejou a prática do crime foi a tenra idade da vítima fica afastada a vara de violência doméstica e familiar?

NÃO. Prevaleceu a segunda corrente.

Não se pode afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei nº 11.340/2006 unicamente com base no fator etário. Em outras palavras, mesmo a vítima possuindo tenra idade (sendo criança ou adolescente) pode ser aplicada a Lei Maria da Penha.

A Lei nº 11.340/2006 objetiva a proteção de vítimas mulheres contra os abusos cometidos no ambiente doméstico, independentemente da idade. Logo, a competência para julgar o estupro de vulnerável praticado pelo pai contra a sua filha criança ou adolescente, é, em princípio, da vara especializada em violência doméstica.

Por que se falou “em princípio”?

Porque, em 2017, foi publicada a Lei nº 13.431/20167, que estabeleceu direitos e garantias para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Esta Lei previu que, nos Tribunais de Justiça, poderiam ser criadas varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Veja:

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Logo, se houver sido criada, a competência para julgar o estupro de vulnerável praticado pelo pai contra a sua filha criança ou adolescente, será dessa vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente (caput do art. 23 da Lei nº 13.431/2017).

Por outro lado, se essa vara ainda não tiver sido criada, a competência para julgar esse crime será da vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme aliás ficou reforçado no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 13.431/2017:

Art. 23. (...)

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

A partir disso, indago: de quem é a competência para julgar o crime de estupro praticado contra criança e adolescente no contexto de violência doméstica e familiar?

1ª opção: juizado ou vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente (caput do art. 23 da Lei nº 13.431/2017);

2ª opção: caso não exista a vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, esse crime será julgado no juizado ou vara especializada em violência doméstica, independentemente de considerações acerca da idade, do sexo da vítima ou da motivação da violência (parágrafo único do art. 23 da Lei nº 13.431/2017);

3ª opção: nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica, a competência para julgar será da vara criminal comum.

Dianete disso, foi fixada a seguinte tese no EAREsp 2.099.532/RJ:

Após o advento do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete à vara especializada em violência doméstica, onde houver, processar e julgar os casos envolvendo estupro de vulnerável cometido pelo pai (bem como pelo padrasto, companheiro, namorado ou similar) contra a filha (ou criança ou adolescente) no ambiente doméstico ou familiar.

STJ. 3ª Seção. EAREsp 2.099.532/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/10/2022 (Info 755).

Modulação dos efeitos para evita anulação dos crimes julgados em “varas comuns”

Por fim, nos termos do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista a alteração da jurisprudência dominante do STJ em relação às ações penais que tenham tramitado ou que estejam atualmente em trâmite nas varas criminais comuns, a fim de assegurar a segurança jurídica, notadamente por se tratar de competência de natureza absoluta, a tese ora firmada terá sua aplicação modulada nos seguintes termos:

a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data de publicação do acórdão deste julgamento (inclusive) - 30/11/2022, tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns;

b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei nº 13.431/2017, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data de publicação do acórdão deste julgamento - 30/11/2022, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns.

O STJ reiterou o entendimento acima exposto, aplicando a regra prevista na letra "a", acima, da modulação dos efeitos do EAREsp 2.099.532/RJ:

Tratando-se de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) e não havendo na localidade Vara especializada em delitos contra a criança e o adolescente, as ações penais distribuídas até 30/11/2022 tramitarão nas Varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.052.222/RJ, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), julgado em 18/4/2023 (Info 773).

Como foi o caso concreto deste REsp 2.052.222/RJ:

O réu foi denunciado pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

Na comarca, não havia Vara especializada em delitos contra a criança e o adolescente.

Diante disso, o feito foi distribuído ao Juízo criminal.

Houve recurso.

Em 24/5/2022, o Tribunal de Justiça decidiu que o crime deveria ser julgado pelo Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Houve recurso para o STJ.

O STJ manteve a competência definida pelo Tribunal de origem. Isso porque o TJ declarou competente o Juizado de Violência Doméstica em 24/5/2022, ou seja, em data anterior à publicação do acórdão proferido no EAREsp 2.099.532/RJ (DJe 30/11/2022). Logo, aplica-se a modulação da tese:

"a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns."

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COMPETÊNCIA

Havendo juízo especializado para apurar e julgar crimes praticados contra criança e adolescente, é este o competente independentemente do tipo de crime

Importante!!!

ODS 16

Caso concreto: roubo praticado contra duas adolescentes, em Salvador (BA).

O art. 85 do Regimento Interno do TJ/BA atribui às Varas dos Feitos Criminais praticados contra Criança e Adolescente a competência para processar e julgar, indistintamente, "os crimes e as contravenções penais, cujas vítimas sejam crianças e adolescentes".

Como há vara criminal especializada para apurar e julgar crimes praticados contra criança e adolescente, este é o juízo competente para julgar a ação penal, sendo irrelevante o delito.

STJ. 5ª Turma. HC 807.617-BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 11/4/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João praticou roubo contra as adolescentes Suzana e Kely, de 17 e 15 anos, respectivamente. O Ministério Público ofereceu denúncia contra João na 3ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA. O juiz condenou o réu.

João interpôs apelação alegando a nulidade da condenação pela incompetência do juízo. Ele argumentou que as duas vítimas eram adolescentes, motivo pelo qual o feito deveria ter sido distribuído para uma das varas especializadas em crimes praticados contra a criança e adolescente, na forma do art. 85 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia.

O Ministério Público argumentou que não haveria nulidade por incompetência do juízo, tendo em vista que o bem tutelado pelo art. 157 do CP não é o “menor” (criança ou adolescente), mas sim o patrimônio. Segundo o Parquet, “o deslocamento da competência criminal para a justiça especial, além de visar proteger a vítima vulnerável, aplica-se primordialmente aos delitos de natureza sexual”.

O TJ/BA negou provimento ao recurso. Segundo o acórdão:

- a incompetência foi suscitada apenas nas razões recursais, tendo havido preclusão;
- a competência das Varas dos Feitos Criminais contra Criança e Adolescente não é absoluta, haja vista que o objetivo da previsão legal é garantir um melhor atendimento e acolhimento para as vítimas menores, e não beneficiar seus algozes.

Diante disso, a defesa impetrou habeas corpus dirigido ao STJ insistindo na tese da nulidade da condenação.

O STJ concordou com o pedido da defesa?

SIM.

Os Tribunais de Justiça podem dispor sobre a especialização de varas, pois se trata de matéria que se insere no âmbito da organização Judiciária dos Tribunais

O art. 96, inciso I, “a” e “d”, e inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal, preconizam:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

(...)

d) propor a criação de novas varas judiciais;

(...)

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

(...)

d) a alteração da organização e da divisão judiciais;

Com base nesses dispositivos, o STF firmou o entendimento de que o Poder Judiciário pode dispor sobre a especialização de varas, pois se trata de matéria que se insere no âmbito da organização Judiciária dos Tribunais.

Lei nº 13.431/2017 afirma que poderão ser criadas varas para apurar crimes contra a criança e o adolescente

A Lei federal nº 13.431/2017 estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. O art. 23 dessa Lei preceitua que:

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

Essas varas apuram crimes contra criança e adolescente mesmo que não sejam delitos contra a dignidade sexual

O caso concreto não envolve delito contra a dignidade sexual, tendo ocorrido um roubo praticado contra duas adolescentes.

Nos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que “somente nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica é que poderá a ação tramitar na vara criminal comum” (EAREsp 2.099.532/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 30/11/2022). Em outras palavras: havendo juízo especializado, esse deve prevalecer sobre os demais.

Esse mesmo entendimento deve ser estendido outros crimes, como na hipótese em análise.

O art. 85 do Regimento Interno do TJ/BA atribui às Varas dos Feitos Criminais praticados contra Criança e Adolescente a competência para processar e julgar, indistintamente, “os crimes e as contravenções penais, cujas vítimas sejam crianças e adolescentes”.

Como há vara criminal especializada para apurar e julgar crimes praticados contra criança e adolescente, este é o juízo competente para julgar a ação penal, sendo irrelevante o delito.

Todos os atos praticados foram anulados (ex: oitivas das testemunhas, vítimas, interrogatório)?

NAO. Considerando a finalidade da norma (Lei nº 13.431/2017), que é garantir os direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, o STJ entendeu que era caso de se aplicar ao caso da teoria do juízo aparente, segundo a qual “o reconhecimento da incompetência do juízo que era aparentemente competente não enseja, de imediato, a nulidade dos atos processuais já praticados no processo, [...], pois tais atos podem ser ratificados ou não pelo Juízo que vier a ser reconhecido como competente para processar e julgar o feito” (RHC 116.059/PE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 4/10/2019).

Diante disso, a 5ª Turma do STJ reconheceu a incompetência do juízo da 3ª Vara Criminal de Salvador/BA e determinou a remessa dos autos para a vara especializada, que deverá considerar a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais já praticados (inclusive decisórios), caso sejam ratificados pelo juízo competente.

A jurisprudência do STJ se posicionou no sentido de que, mesmo para os casos de incompetência absoluta no processo penal, somente os atos decisórios são anulados, sendo possível, por conseguinte, a ratificação dos atos não-decisórios. O próprio STF admite a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive dos atos decisórios.

Em suma:

Havendo juízo especializado para apurar e julgar crimes praticados contra criança e adolescente, é este o competente independentemente do tipo de crime.

STJ. 5ª Turma. HC 807.617-BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 11/4/2023 (Info 773).

CONEXÃO

É incabível a conexão de processos quando ausente a exposição de um liame circunstancial que demonstre a relação de interferência ou prejudicialidade entre as condutas criminosas

ODS 16

Caso adaptado: uma organização criminosa, atuante no Rio de Janeiro, enviava ouro para o exterior sem passar pelos controles aduaneiros, além de praticarem outros delitos. O MPF denunciou doze pessoas que integrariam essa organização.

O Juiz Federal do Rio de Janeiro entendeu que duas acusadas (Antônia e Regina) teriam praticado crimes de descaminho em São Paulo e teriam mantido relações comerciais com a organização criminosa do Rio de Janeiro, mas sem poder dizer que integrariam o grupo.

Assim, o Juiz Federal do Rio de Janeiro desmembrou o processo em relação à Antônia e Regina e declinou da competência para o Juízo Federal de São Paulo a fim de que ali se apurasse os descaminhos praticados pelas duas réis. Para o magistrado, não havia conexão entre os crimes cometidos pelas duas acusadas com os delitos perpetrados pela organização criminosa.

Agiu corretamente o juiz.

A alteração da competência originária só se justifica quando devidamente demonstrada a possibilidade de se alcançar os benefícios visados pelo instituto da conexão, sendo certo que não basta, para a verificação da regra modificadora da competência, o simples juízo de conveniência da reunião de processos sobre crimes distintos.

STJ. 3^a Seção. CC 185.511-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 26/4/2023 (Info 773).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A Polícia Federal identificou que um grupo de pessoas se associou em organização criminosa para enviar ouro para o exterior e para introduzir joias no país sem passar pelos controles aduaneiros.

Concluído o inquérito policial, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra doze suspeitos de integrarem essa organização criminosa. Dentre as pessoas denunciadas estava Antônia e Regina.

A denúncia foi distribuída para a 5^a Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

O Juiz Federal da 5^a Vara entendeu que não havia elementos mínimos que comprovassem que as acusadas Antônia e Regina fariam parte da organização criminosa investigada.

De acordo com o juiz, os elementos de informação produzidos evidenciaram que Antônia tinha praticado diversos crimes de descaminho, mas não relacionados com os demais acusados e que apenas tinha o contato das “mulas” utilizadas pela organização criminosa. A mesma conclusão foi adotada em relação a Regina.

Assim, Antônia e Regina fariam parte de outra organização criminosa, distinta e independente daquela investigada nos autos.

Por essa razão, o juiz federal, em relação a Antônia e Regina, declinou da competência em favor da Justiça Federal de São Paulo, considerando que os crimes de descaminho praticados por elas teriam sido praticados em São Paulo.

Houve, portanto, desmembramento do feito em relação à Antônia e Regina, tendo o processo sido distribuído para a 8^a Vara Criminal Federal de São Paulo.

O juiz federal em São Paulo, ao analisar os autos, não concordou com o desmembramento e suscitou conflito negativo de competência.

De acordo com a decisão, ainda que as investigadas não integrem a organização criminosa, os fatos por ela praticados seriam conexos com os fatos em tramitação na 5^a Vara Federal do Rio de Janeiro.

Para o magistrado, as provas das infrações penais descritas na denúncia oferecida no Rio de Janeiro teriam influência nas provas das infrações penais imputadas às investigadas Antônia e Regina, o que implicaria conexão instrumental.

O que decidiu o STJ? Foi reconhecida a conexão neste caso?

NÃO. O STJ decidiu que não há conexão e que, portanto, foi correto o desmembramento.

A competência será determinada por conexão nas hipóteses elencadas pelo art. 76 do CPP:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

No caso em análise, não foi demonstrada conexão que justificasse que os descaminhos praticados por Antônia e Regina fossem julgados em conjunto com os crimes cometidos pela organização criminosa.

A eventual comunhão probatória não induz a conexão quando a prova de um crime não influi na de outro, como no caso.

Além disso, o fato de apenas duas denunciadas terem tido eventuais relações comerciais com a organização criminosa não implica, necessariamente, configuração de conexão.

Não se deve perder de vista que a alteração da competência originária só se justifica quando devidamente demonstrada a possibilidade de alcançar os benefícios visados pelo instituto da conexão, sendo certo que não basta, para a verificação da regra modificadora da competência, o simples juízo de conveniência da reunião de processos sobre crimes distintos.

Não há a exposição de um liame circunstancial que demonstre a relação de interferência ou prejudicialidade entre as condutas das acusadas Antônia e Regina com a organização criminal investigada no Rio de Janeiro. O que se tem é uma relação meramente comercial.

Conforme já explicado, Antônia e Regina são acusadas de crimes de descaminhos sem nenhuma relação com a organização criminosa carioca e, ao que tudo indica, integrariam uma organização criminosa independente.

A única circunstância que ligaria os referidos crimes seria o fato de a apuração deles ter sido iniciada a partir da mesma diligência, o que, na linha da orientação firmada pelo STJ, não implica, necessariamente, existência de conexão.

Em suma:

É incabível a conexão de processos quando ausente a exposição de um liame circunstancial que demonstre a relação de interferência ou prejudicialidade entre as condutas criminosas.

STJ. 3ª Seção. CC 185.511-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 26/4/2023 (Info 773).

NULIDADES

O *venire contra factum proprium* também se aplica para o réu no processo penal

Importante!!!

ODS 16

A regra que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) aplica-se a todos os sujeitos processuais, inclusive para o réu.

Assim, não é aceitável que o réu, após manifestar desinteresse em acompanhar o processo, já que mudou de endereço sem informar o Juízo, depois que é decretada a sua revelia, venha aos autos alegar a nulidade da condenação.

STJ. 5^a Turma. AgRg no AREsp 2.265.981-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/2/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi denunciado como pelo crime de roubo.

A denúncia foi recebida.

O acusado foi devidamente citado para responder ao processo e apresentou resposta escrita.

O juiz rejeitou o pedido de absolvição sumária e designou audiência de instrução e julgamento.

Ao ser intimado, João não foi localizado no endereço informado.

Diante da ausência do réu na audiência, foi decretada a sua revelia.

João foi condenado.

O réu recorreu alegando que ele havia se mudado e que o juiz antes de decretar a revelia, deveria ter tentado esgotar todos os meios disponíveis para encontrá-lo.

Como o magistrado não adotou essa cautela, teria havido nulidade.

O STJ concordou com os argumentos do réu?

NÃO.

O réu já tinha sido citado e, portanto, tinha conhecimento da ação penal. A despeito disso, mudou de residência sem declinar seu novo endereço, fato que ensejou a decretação da revelia.

Desse modo, não se pode pretender atribuir a responsabilidade pelo seu paradeiro ao Poder Judiciário.

O réu mudou de endereço e não informou a Justiça, demonstrando, portanto, desinteresse em acompanhar o processo. Logo em seguida, com o resultado do processo desfavorável, arguiu a nulidade da revelia. Esse proceder não pode ser aceito porque representa *venire contra factum proprium*.

A proibição do *venire contra factum proprium* é um dos corolários do princípio da boa-fé objetiva e impede que o sujeito adote posturas contraditórias.

Vale ressaltar que a regra que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) aplica-se a todos os sujeitos processuais, inclusive ao réu.

Em suma:

Não é aceitável que o acusado, após a mudança de endereço sem informar ao Juízo, venha a arguir a nulidade da revelia, porquanto a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) aplica-se a todos os sujeitos processuais.

STJ. 5^a Turma. AgRg no AREsp 2.265.981-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/2/2023 (Info 773).

Além do argumento acima exposto, vale frisar que, a teor do art. 565 do CPP, nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido:

Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

No mesmo sentido:

O agravante, inequivocamente, tinha conhecimento da ação penal e optou por deixar de comparecer em Juízo, em várias oportunidades, sem motivo justificado.

A regra que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*) aplica-se a todos os sujeitos processuais, e não é aceitável, a teor do art. 565 do CPP, que ele venha agora a arguir a imprescindibilidade do interrogatório, máxime quando não indica tese relevante que interferiria no resultado do julgamento.

STJ. 6^a Turma. AgRg no AREsp 1.039.077/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 5/12/2017.

NULIDADES

**Declinada a competência do feito para a Justiça estadual,
não cabe à Polícia Federal prosseguir nas investigações**

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: a Polícia Federal instaurou inquérito para investigar a conduta de um Agente de Polícia Federal que estaria praticando crimes. O Delegado de Polícia Federal que presidia o inquérito representou pela decretação de medidas cautelares. O Juiz Federal entendeu que não restou comprovado que a possível conduta delituosa tivesse nexo de causalidade com o exercício do cargo de Agente de Polícia Federal. Diante disso, declinou da competência em favor da Justiça Estadual e determinou o prosseguimento da investigação perante a Polícia Civil do Estado.

Mesmo após a decisão declinatória do Juízo Federal, com expressa determinação de encaminhamento do feito à Polícia Civil, a investigação continuou a ser presidida pela Polícia Federal. Diversas cautelares foram formuladas, pela Polícia Federal, quando os autos já estavam em trâmite perante a Justiça Estadual.

As circunstâncias descritas evidenciam a nulidade das investigações realizadas pela Polícia Federal a partir do declínio da competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual.

Assim, identifica-se flagrante ilegalidade na continuidade das investigações pela Polícia Federal, a despeito da decisão que declinou da competência para a Justiça estadual e determinou expressamente que o processamento do inquérito policial tivesse prosseguimento perante a Polícia Civil.

STJ. 6ª Turma. HC 772.142-PE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/3/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A Polícia Federal instaurou inquérito para investigar a conduta de um Agente de Polícia Federal que estaria praticando crimes.

O Delegado de Polícia Federal que presidia o inquérito representou pela decretação de quebras de sigilos bancário e fiscal do investigado.

O Juiz Federal entendeu que não restou comprovado que a possível conduta delituosa tivesse nexo de causalidade com o exercício do cargo de Agente de Polícia Federal. Diante disso, declinou da competência em favor da Justiça Estadual e determinou o prosseguimento da investigação perante a Polícia Civil do Estado.

O magistrado destacou que o simples fato de o investigado ser servidor público federal não é motivo, por si só, para justificar a competência federal para o caso, principalmente se não existem elementos outros aptos a demonstrar que a possível conduta praticada pelo suspeito assim o foi no âmbito de seu exercício funcional.

Mesmo após a decisão declinatória do Juízo Federal, com expressa determinação de encaminhamento do feito à Polícia Civil, a investigação continuou a ser presidida pela Polícia Federal.

Diversas cautelares foram formuladas, pela Polícia Federal, quando os autos já estavam em trâmite perante a Justiça Estadual.

A defesa do investigado impetrou habeas corpus no Tribunal de Justiça requerendo o trancamento do inquérito com a remessa dos autos à Polícia Civil, para que pudesse promover as investigações que entendesse pertinentes, declarando nulos todos os atos praticados pela Polícia Federal.

O TJ denegou a ordem por entender que não havia nulidade no fato de as investigações continuarem sendo feitas pela Polícia Federal. Para a Corte estadual, é possível o prosseguimento da investigação pela Polícia Federal, mesmo após o declínio da competência para o processamento do feito perante a Justiça estadual.

Ainda inconformada, a defesa impetrou habeas corpus agora junto ao STJ.

O STJ concordou com os argumentos do TJ? Mesmo após a declinação de competência, era possível que a Polícia Federal continuasse a fazer as investigações dos fatos?

NÃO.

Inicialmente, é importante esclarecer que, segundo a jurisprudência do STJ, não há nulidade quando a investigação tem início perante uma autoridade policial e, posteriormente, há redistribuição do feito a outro órgão jurisdicional em razão da incompetência. Assim, o simples fato de a investigação ter começado com a Polícia Federal não gerou qualquer nulidade mesmo se reconhecendo, posteriormente, que o caso era da Justiça Estadual.

No entanto, no caso concreto, houve um agravante. Isso porque mesmo após a redistribuição do feito para a Justiça estadual, motivada pela declaração de incompetência do Juízo Federal, a investigação continuou a ser presidida pela Polícia Federal, a despeito de determinação expressa do magistrado para o encaminhamento do feito à Polícia Civil.

Mesmo após os autos já estarem em tramitação na Justiça Estadual, a Polícia Federal ainda formulou representações pedindo a decretação de prisões temporárias e o deferimento de buscas e apreensões.

Assim, identifica-se flagrante ilegalidade na continuidade das investigações pela Polícia Federal, a despeito da decisão que declinou da competência para a Justiça estadual e determinou expressamente que o processamento do inquérito policial tivesse prosseguimento perante a Polícia Civil.

Ante o exposto, é de se reconhecer a ilegalidade, por falta de atribuições, das investigações realizadas pela Polícia Federal a partir do declínio da competência da Justiça Federal para a Justiça estadual.

Em suma:

Declinada a competência do feito para a Justiça estadual, não cabe à Polícia Federal prosseguir nas investigações.

STJ. 6ª Turma. HC 772.142-PE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/3/2023 (Info 773).

Isso significa que todos os elementos informativos foram anulados?

NÃO. O STJ afirmou que, na limitada via do habeas corpus, não há como aferir, com precisão, se a ilegalidade declarada macula por completo o inquérito policial ou se há elementos informativos autônomos que possam ensejar a continuidade das investigações.

Assim, o STJ determinou que o Juízo de primeiro grau, após descartar todos esses elementos viciados pela ilegalidade, faça a averiguação se há outros obtidos por fonte totalmente independente, ou cuja descoberta seria inevitável a permitir o prosseguimento do feito.

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/COFINS

O ICMS-ST constitui parte integrante do custo de aquisição da mercadoria e, por conseguinte, deve ser admitido na composição do montante de créditos a ser deduzido para apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, no regime não cumulativo

ODS 16

Exemplo hipotético: uma indústria, ao vender seus produtos para um supermercado, já faz a retenção do ICMS que o supermercado iria pagar quando vendesse as mercadorias para o consumidor final. A indústria desempenha o papel de contribuinte substituto e o supermercado de contribuinte substituído.

O supermercado alegou que, apesar de tais valores serem pagos (recolhidos) pelo contribuinte substituto (ex: indústria), na prática, eles são repassados para ela (contribuinte substituído).

Desse modo, ao adquirir bens do substituto, ela qualifica a operação como custo de aquisição e, por isso, entende devido o desconto de créditos das contribuições incidentes sobre o montante relativo ao ICMS-ST, recolhido pelo fornecedor na etapa anterior sobre determinados produtos.

O STJ concordou com o argumento.

ICMS-ST constitui parte integrante do custo de aquisição da mercadoria e, por conseguinte, deve ser admitido na composição do montante de créditos a ser deduzido para apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, no regime não cumulativo.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.010.366-RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 11/4/2023 (Info 773).

Imagine a seguinte situação hipotética:

O Supermercado Alfa Ltda possui como atividade principal o comércio varejista de mercadorias, com predominância de produtos alimentícios em geral.

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

Tal operação ocorre da seguinte forma: uma indústria, ao vender seus produtos para o supermercado, já faz a retenção do ICMS que o supermercado iria pagar quando vendesse as mercadorias para o consumidor final. A indústria desempenha o papel de contribuinte substituto e o supermercado de contribuinte substituído.

O supermercado alegou que, apesar de tais valores serem pagos (recolhidos) pelo contribuinte substituto (ex: indústria), na prática, eles são repassados para ela (contribuinte substituído).

Desse modo, ao adquirir bens do substituto, ela qualifica a operação como custo de aquisição e, por isso, entende devido o desconto de créditos das contribuições incidentes sobre o montante relativo ao ICMS-ST, recolhido pelo fornecedor na etapa anterior sobre determinados produtos.

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

Tese do supermercado

Antes de realizar o pagamento dessas contribuições, o Supermercado defendeu ser possível o creditamento de PIS e Cofins sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS-ST, com base no princípio da não cumulatividade, uma vez que tal valor é tido como custo de aquisição da mercadoria.

Assim, o Supermercado impetrou mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal do Brasil objetivando ver reconhecido o direito ao creditamento da contribuição ao PIS e à COFINS sobre o ICMS-ST incidente nos produtos adquiridos por ela e destinados à revenda.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente.

A sentença foi mantida pelo TRF.

Irresignado, o Supermercado interpôs recurso especial, no qual alegou possuir direito ao creditamento do PIS e da COFINS sobre o valor do ICMS-ST (não recuperável e destacado nas notas fiscais de aquisição de mercadorias destinadas à revenda), por entender que representam custo de aquisição, independentemente de ter havido incidência das mencionadas contribuições na etapa anterior da cadeia produtiva.

O STJ concordou com os argumentos do Supermercado recorrente?

SIM.

Na controvérsia, a empresa impetrante é revendedora (varejista), assumindo portanto, a posição de substituída. Ao adquirir bens do substituto, ela qualifica a operação como custo de aquisição e, por isso, entende devido o desconto de créditos das contribuições incidentes sobre o montante relativo ao ICMS-

ST, recolhido pelo fornecedor na etapa anterior sobre determinados produtos, uma vez que tal valor seria irrecuperável.

A tese é correta.

Ao contrário do que sustenta a Fazenda Nacional, o direito ao creditamento não depende da ocorrência de tributação na etapa anterior. Não está vinculado à eventual incidência da Contribuição ao PIS e da Cofins sobre a parcela correspondente ao ICMS-ST na operação de venda do substituto ao substituído. Isso porque, sendo o fato gerador da substituição tributária prévio e definitivo, o direito ao crédito do substituído decorre, a rigor, da repercussão econômica do ônus gerado pelo recolhimento antecipado do imposto estadual atribuído ao substituto. Compondo, desse modo, o custo de aquisição da mercadoria adquirida pelo revendedor.

Essa tese é validada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que declarou que o ICMS-ST pago na condição de substituído faz parte do valor das aquisições de mercadorias para revenda, porque constitui um custo de aquisição:

O ICMS substituição tributária (ICMS-ST) pago pelo adquirente na condição de substituído integra o valor das aquisições de mercadorias para revenda por constituir custo de aquisição.

Terceira Seção de Julgamento - SEJUL, 2ª Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo n. 10980.723884/2014-45, Acórdão n. 3201-008.626, Redator designado Conselheiro Márcio Robson Costa, julgado em 21/7/2021.

Vale ressaltar que o art. 8º, § 3º, II, da Instrução Normativa SRF nº 404/2004, previa, para efeito de concessão de créditos das contribuições em comento, que o ICMS integra o custo de aquisição de bens e serviços.

Com efeito, o custo suportado pelo substituído é composto, via de regra, pelo montante da operação própria, IPI, seguros, juros, frete, margem de valor agregado, inclusive lucro do substituto, e por demais importâncias e despesas debitáveis do estabelecimento destinatário (arts. 8º e 13 da Lei Complementar nº 87/1996).

Entretanto, conforme a doutrina “para o substituído, não há que se falar em apuração, posto que, nas operações sujeitas à substituição, o ICMS foi recolhido pelo contribuinte substituto, não existindo, portanto, nem crédito nem débito do imposto a ser apurado” (MARIANO, Paulo Antonio. WERNECK, Raphael Sampaio. ALENCAR, Sandra Regina. Substituição Tributária no ICMS. 8ª ed. São Paulo: IOB SAGE, 2016. p. 220).

Não obstante a impossibilidade de creditamento, o substituído desembolsará, ao adquirir a mercadoria, o valor do bem acrescido do montante do tributo devido, destacado no respectivo documento fiscal. Dessa forma, a repercussão econômica onerosa do recolhimento antecipado do ICMS-ST pelo substituto é assimilada pelo substituído imediato na cadeia quando da aquisição do bem, a quem, todavia, não será facultado gerar crédito na saída da mercadoria (venda). Deve-se emitir a nota fiscal sem destaque do imposto estadual, tornando o tributo, nesse contexto, irrecuperável na escrita fiscal, critério definidor adotado pela legislação.

Ademais, na seara da não cumulatividade, é juridicamente ilegítimo frustrar o direito ao creditamento por supor recuperado o custo mediante eventual projeção no valor de revenda.

Por fim, no caso, deve-se reconhecer que a impetrante faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e da Cofins pretendidos, quer porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, quer porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição, como reconhecia a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Em suma:

O ICMS-ST constitui parte integrante do custo de aquisição da mercadoria e, por conseguinte, deve ser admitido na composição do montante de créditos a ser deduzido para apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, no regime não cumulativo.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.010.366-RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 11/4/2023 (Info 773).

DOD PLUS - EXISTE DIREITO DE CREDITAMENTO DE PIS/PASEP E COFINS EM CASO DE ICMS-ST?

O contribuinte substituído do ICMS tem direito de creditamento de PIS e COFINS, na forma do art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, sobre os valores recolhidos pelo contribuinte substituto no regime de substituição tributária “para frente”?

1ª Turma do STJ: SIM

É possível o desconto de créditos existentes de contribuição ao PIS e da COFINS, pelo contribuinte substituído, sobre o ICMS recolhido pelo substituto, no regime de substituição tributária progressiva do imposto estadual(ICMS-ST), na aquisição de bens para revenda.

STJ. 1ª Turma. REsp 1428247-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, julgado em 15/10/2019(Info 659).

2ª Turma do STJ: NÃO

O contribuinte não tem direito a creditamento, no âmbito do regime não cumulativo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao substituto a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-ST.

STJ. 2ª Turma. REsp 1456648-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/6/2016 (Info 586).

STJ. 2ª Turma RESp 1767173, Rel. Herman Benjamin, julgado em 13/11/2018.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PREVIDÊNCIA PRIVADA

Competência para julgar ação proposta contra o patrocinador para recomposição de reserva matemática, em cumulação sucessiva ao pedido de revisão do benefício pela entidade fechada de previdência privada complementar

ODS 16

Não compete à Justiça comum processar e julgar causas ajuizadas contra o patrocinador para recomposição de reserva matemática, em cumulação sucessiva ao pedido de revisão do benefício pela entidade fechada de previdência privada complementar, em consequência da integração, ao salário de participação, de verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho.

STJ. 2ª Seção. EAREsp 1.975.132-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/4/2023 (Info 773).

Entidades de previdência privada

Existem duas espécies de entidade de previdência privada (entidade de previdência complementar): as entidades de previdência privada abertas e as fechadas.

ABERTAS (EAPC)	FECHADAS (EFPC)
As entidades abertas são empresas privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima, que oferecem planos de previdência privada que podem ser contratados por qualquer pessoa física ou jurídica. As entidades abertas normalmente fazem parte do mesmo grupo econômico de um banco ou seguradora. Exs: Bradesco Vida e Previdência S.A., Itaú Vida e Previdência S.A., Mapfre Previdência S.A., Porto	As entidades fechadas são pessoas jurídicas, organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, mantidas por grandes empresas ou grupos de empresa, para oferecer planos de previdência privada aos seus funcionários. Essas entidades são conhecidas como “fundos de pensão”. Os planos não podem ser comercializados para quem não é funcionário daquela empresa.

Seguro Vida e Previdência S/A., Sul América Seguros de Pessoas e Previdência S.A.	Ex: Previbosch (dos funcionários da empresa Bosch).
Possuem finalidade de lucro.	Não possuem fins lucrativos.
São geridas (administradas) pelos diretores e administradores da sociedade anônima.	A gestão é compartilhada entre os representantes dos participantes e assistidos e os representantes dos patrocinadores.

"Entidades patrocinadoras" (patrocinador)

Patrocinador (ou entidade patrocinadora) é a empresa ou grupo de empresas que oferece plano de previdência privada fechada aos seus funcionários. Funciona da seguinte forma: os empregados pagam uma parte da mensalidade e o patrocinador arca com a outra.

Obs: existem alguns entes públicos que também oferecem plano de previdência privada aos servidores. Neste caso, este ente público é que será o patrocinador.

A entidade patrocinadora oferece o plano de previdência privada por meio de uma entidade fechada de previdência privada. Enfim, só existe entidade patrocinadora no caso de plano fechado de previdência privada. Os benefícios mais comuns que são oferecidos pela previdência complementar fechada são os seguintes: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

Participante

Participante é a pessoa física que adere ao plano de previdência complementar oferecido por uma entidade fechada de previdência complementar (EFPC). O participante, para poder aderir a esse plano, tem que estar vinculado à entidade patrocinadora (ex: ser funcionário do patrocinador).

O valor das contribuições vertidas pelo participante para a entidade de previdência é descontado de seu salário no momento do pagamento.

Reserva de poupança (ou de benefício)

Reserva de poupança é o total das contribuições efetuadas pelo participante para o plano. Sobre este valor, mensalmente, incide correção monetária.

Complementação de aposentadoria

É a quantia paga pela entidade de previdência privada como aposentadoria à pessoa que contratou a previdência complementar. É como se chama a aposentadoria paga pela previdência privada.

O julgado analisado refere-se aos planos de previdência privada fechada.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João era funcionário do Banco do Brasil e, nesta condição, era participante do plano de previdência complementar oferecido para os funcionários da instituição financeira. Era, portanto, participante do plano de previdência PREVI (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil).

Personagens

PREVI: entidade fechada de previdência privada.

Banco do Brasil: patrocinador.

João: participante.

Voltando ao caso

O regulamento do plano de previdência previa que o valor da "complementação de aposentadoria" deveria ser calculado a partir da média aritmética simples dos salários de participação do associado. Em outras palavras, o valor da aposentadoria deveria ser calculado com base no salário que o indivíduo recebia e que também servia como parâmetro para as contribuições pagas pelo empregado.

Assim, suponhamos que o empregado recebia R\$ 5 mil de salário. Todos os meses era descontado 10% para a previdência fechada. A sua aposentadoria deveria ser calculada com base no salário recebido.

Aposentadoria de João

Após muitos anos trabalhando no Banco, João completou o tempo necessário e pediu o pagamento da complementação de aposentadoria.

A PREVI calculou o benefício com base nos salários recebidos por João e passou a pagar a complementação de aposentadoria.

Reclamação trabalhista

O que você ainda não sabe é que João, logo após se aposentar, ingressou com uma reclamação trabalhista contra o Banco do Brasil alegando que trabalhava todos os dias fazendo horas extras e que, apesar disso, a empresa não lhe pagava o respectivo valor.

A Justiça do Trabalho julgou a ação procedente e reconheceu o direito do autor à percepção de diferenças salariais por causa do não pagamento de trabalho extraordinário realizado de forma habitual.

A sentença transitou em julgado e João recebeu as respectivas verbas trabalhistas.

Ação revisional de complementação de aposentadoria e cobrança de diferenças

João propôs, então, uma segunda ação.

Ele ajuizou, na Justiça Comum Estadual, contra a PREVI e o Banco do Brasil, uma ação revisional de complementação de aposentadoria e cobrança de diferenças.

Na ação revisional, João alegou que seu salário foi “aumentado” na Justiça e que essa diferença deverá produzir efeitos também na aposentadoria paga pela entidade fechada. Assim, pediu para que o juiz determinasse a revisão da complementação de aposentadoria em virtude da inclusão das diferenças salariais obtidas por força de decisão judicial.

O autor pediu que a entidade fechada de previdência (PREVI) fosse condenada a revisar o benefício complementar de aposentadoria e que o patrocinador (Banco do Brasil) fosse condenado à recomposição da reserva matemática correspondente.

A competência para julgar essa ação é realmente da Justiça Comum?

NÃO.

Não compete à Justiça comum processar e julgar causas ajuizadas contra o patrocinador para recomposição de reserva matemática, em cumulação sucessiva ao pedido de revisão do benefício pela entidade fechada de previdência privada complementar, em consequência da integração, ao salário de participação, de verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho.

STJ. 2^a Seção. EAREsp 1.975.132-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/4/2023 (Info 773).

A questão suscitada no recurso diz respeito à legitimidade do patrocinador para figurar no polo passivo de ação em que o participante/assistido pede a condenação daquele à devida recomposição da reserva matemática, em cumulação sucessiva ao pedido de revisão do benefício pela entidade fechada de previdência privada complementar, em consequência da integração, ao salário de participação, de verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho.

O STF, no RE 1.962.052/DF, com repercussão geral reconhecida, fixou a tese de que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar causas ajuizadas contra o empregador nas quais se pretenda o reconhecimento de verbas de natureza trabalhista e os reflexos nas respectivas contribuições para a entidade de previdência privada a ele vinculada” (DJe de 13/9/2021 - Tema 1166/STF).

Diante disso, há de ser reconhecida a incompetência da Justiça comum para processar e julgar a demanda movida contra o patrocinador.

Assim, reconhecida a incompetência da Justiça comum para, julgada a questão antes indicada, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, com relação ao patrocinador, nos termos do art. 485, IV, do CPC/2015.

DOD PLUS – JULGADO CORRELATO

Compete à Justiça do Trabalho julgar ação proposta contra o empregador nas quais se pretenda o reconhecimento de verbas de natureza trabalhista e os reflexos nas respectivas contribuições para a entidade de previdência privada a ele vinculada

Caso concreto: ação proposta em face da CEF e da FUNCEF na qual o autor pretende a inclusão da verba salarial denominada CTVA - Complemento Temporário Variável Ajuste de Mercado na composição de salário de participação, com os devidos reflexos no cálculo de benefício de complementação de aposentadoria.

Há, portanto, cumulação de pretensões de naturezas distintas, havendo a necessidade de prévio julgamento da controvérsia trabalhista pois, somente em caso de procedência desta, haverá possibilidade de análise do pleito relacionado ao plano previdenciário. Ou seja, a causa de pedir originária (exclusão da parcela denominada CTVA do salário de contribuição) desdobra-se em dois pedidos, de natureza diversa: (a) na seara trabalhista, pugna-se pelo reconhecimento da natureza salarial, com o respectivo recolhimento das contribuições devidas; e, (b) no âmbito previdenciário, busca-se a revisão do benefício complementar.

Logo, em razão desta cumulação de pedidos, não incide - ao menos não de forma direta - o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 190/STF), no sentido da competência da Justiça Comum para “o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência com o propósito de obter complementação de aposentadoria”, ante a necessidade de prévio enfrentamento da controvérsia laboral.

Ademais, em recente julgamento, a Suprema Corte fixou nova tese, em repercussão geral, no sentido de que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar causas ajuizadas contra o empregador nas quais se pretenda o reconhecimento de verbas de natureza trabalhista e os reflexos nas respectivas contribuições para a entidade de previdência privada a ele vinculada” (Tema 1.166 - RE 1.265.564-SC).

STJ. 4ª Turma. EDcl no AgInt no AREsp 1547767-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 22/03/2022 (Info 733).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A definição da quantidade de servidores públicos que podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público para o exercício de mandato classista faz parte do poder discricionário da administração pública. ()
- 2) A percepção de adicional de insalubridade pelo segurado, por si só, não lhe confere o direito de ter o respectivo período reconhecido como especial, porquanto os requisitos para a percepção do direito trabalhista são distintos dos requisitos para o reconhecimento da especialidade do trabalho no âmbito da previdência social. ()
- 3) É ilícita a conduta da operadora de plano de saúde que nega a inscrição de recém-nascido no plano de saúde de titularidade de avô, sendo a genitora dependente/beneficiária desse plano. ()
- 4) A notificação do consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito exige o prévio envio de correspondência ao seu endereço, sendo possível que a notificação seja feita por meio de e-mail ou mensagem de texto de celular (SMS). ()
- 5) Não é possível a substituição da fiança bancária pelo seguro garantia na execução fiscal. ()

- 6) A parte, ao escolher demandar junto ao juizado especial, renuncia o crédito excedente, incluindo os pedidos interdependentes (principal e acessório) que decorrem da mesma causa de pedir, e não só o limite quantitativo legal. ()
- 7) O sindicato possui legitimidade ativa para substituir os sucessores de servidores falecidos, independentemente de o óbito ter ocorrido antes do ajuizamento da execução. ()
- 8) Não é cabível a redução do prazo prescricional pela metade (art. 115 do CP) se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos de declaração, o réu atinge a idade superior a 70 anos. ()
- 9) Havendo juízo especializado para apurar e julgar crimes praticados contra criança e adolescente, é este o competente independentemente do tipo de crime. ()
- 10) É incabível a conexão de processos quando ausente a exposição de um liame circunstancial que demonstre a relação de interferência ou prejudicialidade entre as condutas criminosas. ()
- 11) Não é aceitável que o acusado, após a mudança de endereço sem informar ao Juízo, venha a arguir a nulidade da revelia, porquanto a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) aplica-se a todos os sujeitos processuais. ()
- 12) Declinada a competência do feito para a Justiça estadual, não cabe à Polícia Federal prosseguir nas investigações. ()

Gabarito

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