

Informativo comentado: Informativo 740-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

ATOS ADMINISTRATIVOS

- *Se houve a interposição de recurso contra a pena de multa interposta pela ANP e este foi indeferido, qual será o termo inicial da fluência dos juros e da multa moratória?*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- *Não é possível que concessionária de rodovia cobre valores de autarquia prestadora de serviço público pelo fato de ela estar usando faixa de domínio da via pública.*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- *O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, responde objetivamente pela conduta omissiva.*

TEMAS DIVERSOS (CÓDIGO DE TRÂNSITO)

- *Constitui requisito obrigatório para a renovação da CNH do motorista de transporte coletivo escolar, a realização do exame toxicológico de larga janela de detecção.*

TEMAS DIVERSOS

- *Caso Flamengo x Banco Central.*

DIREITO CIVIL

BEM DE FAMÍLIA

- *A penhorabilidade de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação também se aplica no caso de locação de imóvel comercial.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

- *O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo ou taxativo? O plano de saúde pode se recusar a cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de que o referido tratamento não está previsto na lista de procedimentos da ANS?*

DIREITO EMPRESARIAL

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- *A habilitação do crédito e a posterior homologação do plano de recuperação judicial não impede a rediscussão do seu valor em ação revisional de contrato relativa à mesma dívida.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROCEDIMENTOS

- *A prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais também se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior.*

EXECUÇÃO FISCAL

- *É possível a manutenção de penhora de valores via sistema BACENJUD no caso de parcelamento do crédito fiscal?*

DIREITO PENAL

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (ESTUPRO DE VULNERÁVEL)

- *É possível desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)?*

CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

- *O crime tipificado no art. 2º da Lei 8.176/91 é permanente ou instantâneo?*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

- *A simples habilitação do advogado nos autos de processo conduzido por juiz que é seu inimigo não se enquadra, por si só, na situação do art. 256 do CPP.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

- *Reconhecido o direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso, é possível a execução das parcelas do benefício postulado na via judicial.*

DIREITO INTERNACIONAL

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

- *Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

ATOS ADMINISTRATIVOS

Se houve a interposição de recurso contra a pena de multa interposta pela ANP e este foi indeferido, qual será o termo inicial da fluência dos juros e da multa moratória?

ODS 16

Interposto recurso contra a decisão de primeiro grau administrativo que confirma a pena de multa imposta pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, os juros e a multa moratórios fluirão a partir do fim do prazo de trinta dias para o pagamento do débito, contados da decisão administrativa definitiva, nos termos da Lei nº 9.847/99.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.830.327-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/06/2022 (Tema IAC 11) (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa Xandana foi autuada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) por supostas irregularidades na comercialização de botijões de gás.

Após o processo administrativo que tramitou junto à ANP, a empresa foi condenada, em 02/02, a pagar multa no valor de R\$ 60 mil.

A empresa interpôs recurso administrativo contra a multa interposta.

Em 02/08, ou seja, seis meses depois, o recurso foi desprovido.

Se houve a interposição de recurso contra a pena de multa interposta pela ANP e este foi indeferido, qual será o termo inicial da fluência dos juros e da multa moratória?

A partir do fim do prazo de 30 dias para o pagamento do débito, contados da decisão administrativa definitiva, nos termos da Lei nº 9.847/99.

Explicando melhor:

- se a ANP impuser uma multa como sanção administrativa, essa multa deverá ser paga no prazo máximo de 30 dias;
- esse prazo de 30 dias para pagamento começa a ser contado da decisão administrativa definitiva;
- depois do prazo de 30 dias, se não houver pagamento, começará a incidir juros e multa moratória.

A Lei nº 9.847/99, que cuida da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, estabelece, de forma expressa, que os juros e a multa moratória eventualmente incidentes sobre as multas impostas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP devem fluir após o término do prazo de trinta dias de que dispõe o autuado para efetuar o pagamento, contados da decisão administrativa definitiva:

É o que prevê o art. 4º da Lei nº 9.847/99:

Art. 4º. A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes.

§ 1º A multa será recolhida no prazo de trinta dias, **contado da decisão administrativa definitiva**.

§ 2º O não-pagamento da multa no prazo estabelecido sujeita o infrator a:

I - juros de mora de um por cento ao mês ou fração;

II - multa de mora de dois por cento ao mês ou fração.

§ 3º Na hipótese de o autuado expressamente renunciar ao direito de recorrer da decisão proferida no processo administrativo, a multa poderá ser recolhida no prazo para a interposição do recurso com redução de trinta por cento.

Não se aplica, no caso, o art. 37-A da Lei nº 10.522/2002 nem o art. 61 da Lei nº 9.430/96:

Lei nº 10.522/2002

Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

Art. 37-A. Os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, não pagos nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de juros e multa de mora, calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais.

Lei nº 9.430/96

Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social e o processo administrativo de consulta.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º. A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º. O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º. Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Isso porque a Lei nº 9.847/99 é mais específica e, portanto, afasta a incidência do art. 37-A da Lei nº 10.522/2001, e do art. 61, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.430/96, relativamente ao termo inicial da incidência dos juros e da multa moratória de multa administrativa imposta pela ANP.

Em suma:

Interposto recurso contra a decisão de primeiro grau administrativo que confirma a pena de multa imposta pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, os juros e a multa moratórios fluirão a partir do fim do prazo de trinta dias para o pagamento do débito, contados da decisão administrativa definitiva, nos termos da Lei nº 9.847/99.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.830.327-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/06/2022 (Tema IAC 11) (Info 740).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Não é possível que concessionária de rodovia cobre valores de autarquia prestadora de serviço público pelo fato de ela estar usando faixa de domínio da via pública

ODS 7, 9 e 16

É indevida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida.

Embora cedido ao particular, o bem público de uso comum do povo não se desnatura, permanecendo, portanto, afetado à destinação pública. Por esse motivo, mostra-se ilegítimo exigir remuneração pela sua utilização, quando voltada a viabilizar a execução de serviço público de saneamento básico prestado por entidade estatal, cuja configuração jurídica seja adversa à lucratividade, ou seja, esteja fora do regime concorrencial.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.817.302-SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/06/2022 (Tema IAC 8) (Info 740).

SITUAÇÃO 1: IMPOSSIBILIDADE DE O ENTE PÚBLICO COBRAR DAS CONCESSIONÁRIAS PELA UTILIZAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO

Imagine a seguinte situação:

Em Ji-Paraná (RO), foi editada a Lei municipal nº 1.199/2002, que autorizou que a Administração Pública municipal ("Prefeitura") cobrasse uma "taxa" das empresas concessionárias de serviço público ou privado caso elas estejam utilizando os espaços públicos municipais.

A referida Lei dizia, por exemplo, que o Município poderia cobrar R\$ 5,00 da concessionária de energia elétrica por cada poste instalado nas vias públicas.

Essa cobrança é válida? Essa lei é constitucional?

NÃO.

O STF concluiu ser inconstitucional a cobrança de taxa pela instalação de equipamentos de transmissão e distribuição de energia elétrica por concessionária em área de domínio público de município:

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.
2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

STF. Plenário. RE 581947, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 27/05/2010 (Repercussão Geral – Tema 261).

Obs: faixa de domínio é a área sobre a qual se assenta uma rodovia, constituída por pista de rolamento, canteiros centrais, acostamentos, áreas laterais etc.

Mais recentemente, o STF decidiu no mesmo sentido em um caso envolvendo uma lei estadual:

É inconstitucional lei estadual que autoriza o Poder Executivo a cobrar um valor das concessionárias de energia elétrica pela utilização das faixas de domínio e das áreas adjacentes às rodovias estaduais e federais delegadas

É inconstitucional norma estadual que onere contrato de concessão de energia elétrica pela utilização de faixas de domínio público adjacentes a rodovias estaduais ou federais. Isso porque a União, por ser titular da prestação do serviço público de energia elétrica (art. 21, XII, “b” e art. 22, IV, da CF/88), detém a prerrogativa constitucional de estabelecer o regime e as condições da prestação desse serviço por concessionárias, o qual não pode sofrer ingerência normativa dos demais entes políticos.

STF. Plenário. ADI 3763/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 7/4/2021 (Info 1012).

Dessa forma, o STF possui orientação consolidada segundo a qual é vedada a cobrança de valores ao concessionário de serviço público pelo uso de faixas de domínio de rodovia quando tal exigência é feita diretamente do próprio Poder Concedente (ente público). Isso porque:

- a) a utilização, nesse caso, se reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público; e
- b) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido.

SITUAÇÃO 2: POSSIBILIDADE DE A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO COBRAR DE OUTRA CONCESSIONÁRIA PELA UTILIZAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO

Imagine agora uma outra situação:

A empresa privada Ecovias detém a concessão de algumas rodovias no Estado de São Paulo, dentre elas a famosa Rodovia dos Imigrantes. Isso significa que essa empresa venceu uma licitação, assinou um contrato de concessão e ficou responsável pela manutenção, recuperação e melhoria de determinadas rodovias, recebendo, como contrapartida, o direito de cobrar pedágio dos usuários, dentre outras fontes alternativas de receita.

A CPFL também é uma empresa privada que atua na distribuição de energia elétrica em diversos municípios no Estado de São Paulo. Trata-se de um concessionária de serviço público de energia elétrica. Desse modo, temos, no caso, duas concessionárias de serviços públicos: a Ecovias e a CPFL.

A CPFL precisava construir uma linha de transmissão de energia elétrica na rodovia SP-55. A Ecovias, que administra essa rodovia, exigiu que a CPFL pagasse um determinado valor (preço público) pela ocupação temporária das faixas laterais da rodovia, o que não foi aceito pela concessionária de energia elétrica.

A concessionária da rodovia alegou que tal cobrança está amparada pelo contrato de concessão, que prevê a possibilidade de ela obter receita alternativa decorrente de atividades vinculadas à exploração de faixas marginais.

A concessionária de energia elétrica, por sua vez, argumentou que o art. 2º do Decreto nº 84.398/80 afirma que a ocupação de faixas de domínio de rodovias e a travessia de rodovias por linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica deverão ser autorizadas sem ônus para os concessionários de energia elétrica.

A discussão chegou até o STJ. É possível que a concessionária rodoviária cobre esse valor da concessionária de energia elétrica?

SIM. A concessionária de rodovia pode cobrar da concessionária de energia elétrica pelo uso de faixa de domínio de rodovia para a instalação de postes e passagem de cabos aéreos efetivada com o intuito de ampliar a rede de energia, na hipótese em que o contrato de concessão da rodovia preveja a possibilidade de obtenção de receita alternativa decorrente de atividades vinculadas à exploração de faixas marginais.

O art. 11 da Lei nº 8.987/95 (Lei das concessões e permissões) prescreve o seguinte:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Sendo assim, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia, permite-se a cobrança, a título de receita alternativa, pelo uso de faixa de domínio, ainda que a cobrança recaia sobre concessionária de serviços de distribuição de energia elétrica.

Ademais, havendo previsão contratual, não há como prevalecer o teor do art. 2º do Decreto nº 84.398/80 em detrimento do referido art. 11 da Lei nº 8.987/95.

A previsão do art. 11 da Lei nº 8.987/95 é relevante porque é uma forma de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e também um meio para se garantir o princípio da modicidade tarifária já que, com essas fontes de receitas alternativas, a tarifa cobrada dos usuários pode ser menor (STJ. 2ª Turma. AREsp 977.205/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19/04/2018).

Assim, o entendimento fixado no Recurso Extraordinário 581.947/RO (Tema 261/STF), segundo o qual os entes da federação não podem cobrar retribuição pecuniária pela utilização de vias públicas, inclusive solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos destinados à prestação de serviço público, não impede que concessionárias de rodovias realizem tal exigência pela utilização das faixas de domínio, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/95, desde que tal exação seja autorizada pelo poder concedente e esteja expressamente prevista no contrato de concessão, porquanto não houve discussão sobre esta hipótese. Trata-se, portanto, de um *distinguishing*.

Em suma:

As concessionárias de serviço público podem efetuar a cobrança pela utilização de faixas de domínio de rodovia, mesmo em face de outra concessionária, desde que haja previsão editalícia e contratual. STJ. 1ª Turma. REsp 1.677.414-SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 14/12/2021 (Info 722).

SITUAÇÃO 3: IMPOSSIBILIDADE DE A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO COBRAR DE AUTARQUIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO PELA UTILIZAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO

Centrovias = concessionária de serviço público

A empresa privada Centrovias detinha a concessão de algumas rodovias no Estado de São Paulo. Isso significa que essa empresa venceu uma licitação, assinou um contrato de concessão e ficou responsável

pela manutenção, recuperação e melhoria de determinadas rodovias, recebendo, como contrapartida, o direito de cobrar pedágio dos usuários, dentre outras fontes alternativas de receita.
Uma das rodovias administradas pela Centrovias era a SP 225.

DAE = autarquia prestadora de serviço público

O Departamento de Água e Esgoto de Bauru (DAE) é uma autarquia municipal responsável por administrar e desenvolver os serviços públicos de água e esgoto na cidade de Bauru.

Rede coletora de esgoto

A DAE precisava construir uma rede coletora de esgoto que passaria pela faixa de domínio na rodovia SP-225.

A Centrovias, que administra essa rodovia, exigiu que a DAE pagasse um determinado valor (preço público) pela ocupação temporária das faixas laterais da rodovia, o que não foi aceito pela autarquia.

A discussão chegou até o STJ. É possível que a concessionária rodoviária cobre esse valor da autarquia prestadora de serviço público? A concessionária de rodovia pode cobrar da autarquia prestadora de serviço público pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida?

NÃO.

A rodovia é bem de uso comum do povo.

O bem de uso comum do povo, embora cedido ao particular, não se desnatura, permanecendo, portanto, afetado à destinação pública. Logo, não é possível se exigir remuneração pela sua utilização, quando este uso for voltado à execução de serviço público de saneamento básico prestado por entidade estatal que está fora do regime concorrencial (no caso, uma autarquia).

Não se aplica no caso, o art. 11 da Lei nº 8.987/95 porque este abrange as relações entre concessionárias, sendo inapto para embasar cobrança pelo uso da faixa de domínio quando, sob regime de exploração direta ou indireta, o Estado participe da relação processual, seja na qualidade de gestor da rodovia e autor da cobrança, seja na condição de sujeito passivo, quando lhe é exigido o pagamento pela utilização do espaço por empresa privada administradora da via.

Portanto, ainda que respeitada a modicidade tarifária, não é possível às concessionárias de rodovias alargar a base de arrecadação pelo ingresso de receita complementar derivada da exploração da faixa de domínio se, para tanto, for preciso onerar entidade estatal prestadora de serviço público distinto do viário, cuja configuração jurídica seja adversa à lucratividade.

Em suma:

É indevida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.817.302-SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/06/2022 (Tema IAC 8) (Info 740).

Não confundir:

- 1) Ente público cobrar da concessionária de serviço público pelo fato de ela estar utilizando as faixas de domínio: NÃO pode.
- 2) Concessionária de serviço público cobrando de concessionária de serviço público pelo fato de ela estar utilizando faixas de domínio de uma rodovia: PODE.
- 3) Concessionária de serviço público cobrando de autarquia prestadora de serviço de saneamento básico pelo uso da faixa de domínio: NÃO pode.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, responde objetivamente pela conduta omissiva

Importante!!!

ODS 16

Caso concreto: o hospital não possuía nenhum serviço de vigilância e o evento morte decorreu de um disparo com arma de fogo contra a vítima dentro do hospital.

A conduta do hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança e, por conseguinte, despreza o dever de zelar pela incolumidade física dos seus pacientes contribuiu de forma determinante e específica para o homicídio praticado em suas dependências, afastando-se a alegação da excludente de ilicitude, qual seja, fato de terceiro.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.708.325-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 24/05/2022 (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Eduardo recebeu um tiro e foi levado a um hospital público. Ele recebeu o socorro médico e permaneceu internado no local com quadro estável.

No dia seguinte, uma pessoa não identificada – talvez a mesma que tentou ceifar sua vida no dia anterior – entrou no quarto onde Eduardo estava internado no hospital e efetuou quatro disparos contra a vítima, que faleceu no local.

O homicida fugiu sem ser capturado.

Regina, mãe de Eduardo, ajuizou ação de indenização contra o Estado pedindo indenização por danos morais e materiais em decorrência do homicídio de seu filho ocorrido no interior do hospital público.

Argumentou que cabia ao Estado zelar pelos pacientes internos e que a morte só ocorreu em razão da inexistência de vigilância e cuidados mínimos de segurança por parte da instituição, já que não existia portaria ou funcionário responsável para observar a entrada e a saída de pessoas do hospital.

Assim, segundo a requerente, estaria demonstrado o nexo causal entre a conduta do Estado e o evento danoso.

O Estado contestou o pedido, alegando a inexistência de nexo causal, pois a situação era imprevisível. Argumentou que não cometeu ato ilícito e o evento se deu por fato exclusivo de terceiro, o que rompe o nexo causal.

Requeru que os pedidos fossem julgados improcedentes.

Para o STJ, o Estado tem responsabilidade civil neste caso?

SIM.

O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, responde objetivamente pela conduta omissiva.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.708.325-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 24/05/2022 (Info 740).

Responsabilidade objetiva como regra

A responsabilidade civil estatal é, em regra, objetiva e decorre do risco administrativo. Logo, não se exige a existência de culpa por parte do Estado. Isso está previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal; nos arts. 186 e 927, parágrafo único do Código Civil; e no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Constituição Federal

Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Código Civil

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Responsabilidade estatal em caso de atos omissivos

Existe certa controvérsia no que tange aos atos estatais omissivos.

Embora a lei não tenha feito distinção, há os que entendem que, em se tratando de atos omissivos, a responsabilidade do ente público teria caráter subjetivo.

Vale ressaltar, contudo, que o STF e o STJ possuem diversos julgados afirmando que o Poder Público responde de forma objetiva, inclusive em caso de atos omissivos, quando constatada a precariedade/vício no serviço decorrente da falha no dever legal e específico de agir.

Inação do ente público, no caso concreto

O hospital, além do serviço técnico-médico, também é responsável pelo serviço auxiliar de estadia (internação). Assim, o ente público é obrigado a disponibilizar equipe/pessoal e equipamentos necessários e eficazes para o alcance dessa finalidade.

No caso concreto, ficou demonstrada a inação estatal tendo em vista que o evento ocorreu por conta do mau funcionamento dos trabalhos auxiliares e estruturas operacionais (ausência de serviço/pessoal de vigilância). Desse modo, entende-se que o ente público, em virtude da natureza da atividade pública exercida, responde de forma objetiva, uma vez que, inegavelmente, tinha o dever de atuar, ao menos minimamente, para impossibilitar a ocorrência do evento nocivo.

A omissão do Estado no presente feito revela-se específica e contribuiu decisivamente para a morte da vítima, pois o hospital público não ofereceu nenhuma ou sequer a mínima garantia de integridade aos que se utilizam do serviço e pela qual, em razão do risco da atividade prestada, tem o dever de zelo e proteção.

Análise dos pressupostos de responsabilidade, no caso concreto

A responsabilidade civil do Estado, seja de ordem subjetiva, seja objetiva - depende, para a configuração da ocorrência de seus pressupostos:

- a) ato ilícito;
- b) dano sofrido; e
- c) nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação ou omissão do agente público.

No caso concreto, restou demonstrado que:

- a) o hospital não possuía nenhum serviço de vigilância; e que
- b) o evento morte decorreu de disparo com arma de fogo contra a vítima dentro do hospital.

No caso concreto, não há que se falar em fato exclusivo de terceiro como apto a romper o nexo de causalidade. Isso porque uma mínima ação de vigilância e cuidado poderia efetivamente ter evitado a morte da vítima.

Vale ressaltar que esse entendimento não se aplica indistintamente a qualquer ato derivado de conduta omissiva da administração pública. Sob as lentes do bom senso, deve ser analisado o caso concreto.

Nessa situação específica, não houve um evento de grandes proporções que impediria a atuação do Estado. Com um mínimo de segurança seria possível impedir o ingresso do autor do homicídio. Logo, é de se concluir que a conduta do hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança e, por conseguinte, despreza o dever de zelar pela incolumidade física dos seus pacientes contribuiu de forma determinante e específica para o homicídio praticado em suas dependências, afastando-se a alegação da excludente de ilicitude, qual seja, fato de terceiro.

TEMA CORRELATO

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil pode ser aplicado para a responsabilidade civil do Estado

Aplica-se igualmente ao estado o que previsto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, relativo à responsabilidade civil objetiva por atividade naturalmente perigosa, irrelevante o fato de a conduta ser comissiva ou omissiva.

STJ. 2ª Turma REsp 1869046-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 09/06/2020 (Info 674).

TEMAS DIVERSOS (CÓDIGO DE TRÂNSITO)

Constitui requisito obrigatório para a renovação da CNH do motorista de transporte coletivo escolar, a realização do exame toxicológico de larga janela de detecção

ODS 16

A apresentação de resultado negativo em exame toxicológico de larga janela de detecção é obrigatória para a habilitação e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, nos termos do art. 148-A da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

STJ. 1ª Seção. REsp 1.834.896-PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/06/2022 (Tema IAC 9) (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é motorista de uma minivan escolar.

Para que João fizesse a renovação de sua Carteira Nacional de Habilitação como motorista autônomo de transporte coletivo escolar (categoria “D”), o DETRAN exigiu que ele fizesse exame toxicológico de larga janela de detecção, com resultado negativo.

A exigência do DETRAN foi feita com fundamento no art. 138, II, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e no art. 4º da Deliberação do Contran nº 145/2015.

João ajuizou ação afirmando que essa exigência somente se aplicaria para motoristas profissionais de transporte de carga e de passageiros pela excessiva carga de trabalho, o que não se enquadra aos motoristas de transporte escolar.

Logo, pediu para ser dispensado de tal exigência.

O pedido de João foi acolhido?

NÃO. A realização do exame toxicológico de larga janela de detecção constitui requisito obrigatório para a renovação da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, conforme previsto no art. 148-A do CTB, introduzido pela Lei nº 13.103/2015, com redação atual dada pela Lei nº 14.071/2021:

Art. 148-A. Os condutores das categorias C, **D** e E deverão comprovar resultado negativo em exame toxicológico para a obtenção e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação. (Redação dada pela Lei nº 14.071, de 2020)

Trata-se de procedimento realizado somente por laboratórios credenciados pelo CONTRAN, no qual, mediante análise de material biológico queratínico fornecido pelo doador (cabelos, pelos ou unhas), busca-se detectar o consumo, ativo ou não, de substâncias psicoativas que, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, com retrospectiva mínima de noventa dias, contados da coleta. Das amostras recolhidas é possível identificar eventual regularidade no consumo de anfetaminas e metanfetaminas, das quais são exemplos, respectivamente, os chamados “rebites” e o ecstasy, além de opiáceos (p. ex. morfina e heroína), cocaína, crack e maconha.

A previsão legal para a realização do exame em foco foi trazida pela apontada Lei nº 13.103/2015, que, embora mirasse, mais detidamente, disciplinar as condições laborais de motoristas profissionais rodoviários de passageiros e de carga, teve por ratio teleológica diminuir a violência no trânsito, por intermédio, também, da melhoria das condições de trabalho dos condutores de veículos pesados e de maior porte, categoria na qual se incluem os motoristas de transporte coletivo escolar.

Assim, ao inserir o art. 148-A no CTB, a Lei nº 13.103/2015 não condicionou - tampouco ressaltou - sua aplicação unicamente à classe profissional de condutores rodoviários. Isso porque, conforme se verifica da leitura do próprio dispositivo legal, a obrigatoriedade de apresentação de resultado negativo no exame toxicológico está vinculada às categorias de habilitação, e não a parâmetros associados à atividade profissional, porquanto nas graduações “C”, “D” e “E” estão inseridas exigências justificadamente maiores em relação às categorias precedentes, por força das características físicas e das finalidades dos veículos envolvidos.

Por sinal, é sintomático que a Lei nº 13.103/2015 tenha empregado a expressão “motorista profissional” múltiplas vezes, não, porém, no seu art. 8º, especificamente responsável por introduzir a exigência do exame no CTB. De fato, cuida-se de questão essencialmente atrelada à qualificação e ao preparo de agentes diretamente envolvidos no deslocamento e na segurança cotidiana de milhares de crianças e/ou adolescentes, cuja atividade, por óbvio, é incompatível com o consumo de substâncias estupefacientes.

Também é certo que o qualificativo “rodoviário” não tem o condão de excluir, como pretendem, os transportadores de escolares do âmbito da incidência da norma, considerando que transporte rodoviário é o realizado “em vias públicas” (art. 1º da Lei nº 11.442/2007), vale dizer, tem lugar em rodovias, estradas, ruas, avenidas e logradouros (art. 2º do CTB), locais de operação da categoria.

Outrossim, admitir a dispensa dos motoristas de transporte coletivo escolar de realizarem o exame toxicológico equivaleria a lhes conferir tratamento privilegiado, não previsto em lei, em detrimento dos demais interessados em obter ou renovar a habilitação na mesma categoria “D”, contrariando, desse modo, o disposto nos apontados arts. 138, II, e 145, caput, do CTB.

Por conseguinte, tal é a exegese da disciplina normativa que, ao se afinar com o status constitucional conferido à segurança viária, “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas” (EC 82/2014), também atende aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LINDB).

Nesse cenário, portanto, não se verifica nenhum fundamento legal ou lógico que autorize desobrigar os motoristas autônomos de transporte coletivo escolar, quando da habilitação ou da renovação de suas CNHs, de se submeterem ao exame toxicológico de larga janela de detecção, previsto no art. 148-A do CTB.

Em suma:

A apresentação de resultado negativo em exame toxicológico de larga janela de detecção é obrigatória para a habilitação e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, nos termos do art. 148-A da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). STJ. 1ª Seção. REsp 1.834.896-PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/06/2022 (Tema IAC 9) (Info 740).

TEMAS DIVERSOS
Caso Flamengo x Banco Central

ODS 16

A negociação do passe de um atleta de futebol não é uma obrigação de natureza fungível; pelo contrário, a prestação consistente em transferir o passe de um atleta de futebol específico é, por essência, uma obrigação de natureza infungível e de execução específica. Logo, não se pode dizer que o pagamento do passe de um atleta com parte do passe de outro jogador configure o instituto jurídico da compensação.

Como constou no informativo original: “A negociação do passe de um atleta de futebol específico é uma obrigação de natureza infungível e de execução específica, não podendo ser utilizada para compensação privada de créditos em operações de câmbio.”

STJ. 1ª Turma. REsp 1.937.846-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O Banco Central autuou o Clube Regatas do Flamengo por supostas irregularidades que teriam ocorrido na negociação de atletas da equipe com times do exterior, realizadas no período entre 1993 e 1998.

Uma dessas operações foi a venda do jogador Sávio ao Real Madrid, em 1997.

O Bacen afirmou que houve irregularidade no fato de o meia Zé Roberto ter sido incluído como parte da negociação, visto que o Flamengo compensou US\$ 8 milhões dos US\$ 19,4 milhões declarados à época.

Em outras palavras, o Flamengo recebeu US\$ 19,4 milhões pela venda de Sávio, mas como comprou o passe de Zé Roberto, fez uma espécie de compensação das quantias.

Para o Banco Central, houve aí duas supostas irregularidades:

1) Operação ilegítima de câmbio

O Flamengo teria feito operação de negociação de moeda estrangeira sem ser por intermédio de estabelecimento autorizado a operar em câmbio no país, incidindo no ilícito do art. 1º do Decreto nº 23.258/1933:

Art. 1º São consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no país, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio, mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil.

2) Compensação privada de créditos relativamente à aquisição de atleta

O Flamengo teria feito compensação privada de créditos na negociação dos atletas com o Real Madrid e isso não poderia por força do art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025/1946:

Art. 10. É vedada a realização de compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza, (...)

O Flamengo ingressou, na Justiça Federal, com ação contra o Banco Central (autarquia federal), buscando anular a decisão administrativa que determinou a imposição da multa.

A questão chegou até o STJ por recurso. O que decidiu o Tribunal?

Foi reconhecida a ocorrência da primeira irregularidade. Isso porque o Decreto nº 23.258/1933 foi recepcionado como lei e, por isso, não poderia ter sido revogado pelo Decreto s/n. editado em 1991.

A segunda irregularidade foi afastada.

O BACEN alegou que teria havido compensação privada de crédito. Não é verdade. A compensação, nos termos do art. 369 do CC, está relacionada com coisas fungíveis, que se compensam em um contexto de dívidas líquidas e vencidas. No caso concreto, a negociação do passe de um atleta de futebol não se

enquadra em uma obrigação cujo objeto é fungível. Ao contrário, a prestação consistente em transferir o passe de um atleta de futebol específico é, por essência, uma obrigação de natureza infungível e de execução específica.

Portanto, não se pode dizer que tenha havido a configuração do instituto jurídico da compensação, na hipótese. O que houve foi uma dação em pagamento.

Não sendo compensação, não se aplicar o art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025/76.

Em suma:

A negociação do passe de um atleta de futebol não é uma obrigação de natureza fungível; pelo contrário, a prestação consistente em transferir o passe de um atleta de futebol específico é, por essência, uma obrigação de natureza infungível e de execução específica. Logo, não se pode dizer que o pagamento do passe de um atleta com parte do passe de outro jogador configure o instituto jurídico da compensação. Como constou no informativo original: “A negociação do passe de um atleta de futebol específico é uma obrigação de natureza infungível e de execução específica, não podendo ser utilizada para compensação privada de créditos em operações de câmbio.”

STJ. 1ª Turma. REsp 1.937.846-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

DIREITO CIVIL

BEM DE FAMÍLIA

A penhorabilidade de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação também se aplica no caso de locação de imóvel comercial

Assunto já apreciado no Info 1046-STF

ODS 16

É válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII, do art. 3º da Lei nº 8.009/90.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.822.040-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1091) (Info 740).

O STJ acompanhou o STF que já havia decidido:

É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial.

STF. Plenário. RE 1.307.334/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 8/3/2022 (Repercussão Geral – Tema 1127) (Info 1046).

NOÇÕES GERAIS SOBRE BEM DE FAMÍLIA

Espécies de bem de família

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

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

Bem de família legal

O bem de família legal consiste no imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar.

Considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

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

Proteção conferida ao bem de família legal

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

Se alguém está sendo executado e é penhorado seu bem de família, qual é o momento processual para que alegue a impenhorabilidade?

O devedor deverá arguir a impenhorabilidade do bem de família no primeiro instante em que falar nos autos após a penhora.

Se o devedor não alegar a impenhorabilidade do bem de família no momento oportuno, haverá preclusão?

NÃO. A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, dela podendo conhecer o juízo a qualquer momento, antes da arrematação do imóvel, desde que haja prova nos autos. Logo, mesmo que o devedor não tenha arguido a impenhorabilidade no momento oportuno, é possível sua alegação desde que antes da arrematação do imóvel (STJ. 4ª Turma. REsp 981.532-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/8/2012).

EXCEÇÃO DO INCISO VII DO ART. 3º DA LEI DO BEM DE FAMÍLIA

O art. 3º da Lei nº 8.009/90 traz as hipóteses em que o bem de família legal pode ser penhorado. Veja o que diz o inciso VII:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
(...)
VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Gostaria de tratar sobre esse inciso VII com duas situações. Acompanhe.

CASO 1. Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro aluga seu apartamento para Rui (locatário).

João, melhor amigo de Rui, aceita figurar no contrato de locação como fiador.

Após um ano, Rui devolve o apartamento, ficando devendo, contudo, quatro meses de aluguel.

Pedro propõe uma execução contra Rui e João cobrando o valor devido.

O juiz determina a penhora da casa em que mora João e que está em seu nome.

É possível a penhora da casa de João, mesmo sendo bem de família?

SIM. A impenhorabilidade do bem de família não se aplica no caso de dívidas do fiador decorrentes do contrato de locação. É isso o que diz o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 acima transcrito. Por favor, leia novamente.

Esse inciso VII do art. 3º é constitucional? Ele é aplicado pelo STF e STJ?

SIM. O STF decidiu que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 é constitucional, não violando o direito à moradia (art. 6º da CF/88) nem qualquer outro dispositivo da CF/88. Nesse sentido: STF. 1ª Turma. RE 495105 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 05/11/2013.

O STJ, por sua vez, editou um enunciado sobre o tema:

Súmula 549-STJ: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

CASO 2. Imagine agora outra situação hipotética:

Fábio possui uma sala comercial em um edifício empresarial.

Ele aluga essa sala para Pedro ali instalar uma loja.

Ricardo, melhor amigo de Pedro, aceita figurar no contrato de locação como fiador.

Após um ano, Pedro devolve a sala comercial, ficando devendo, contudo, quatro meses de aluguel.

Fábio propõe uma execução contra Pedro e Ricardo cobrando o valor devido.

O juiz determina a penhora da casa em que mora Ricardo e que está em seu nome.

É possível a penhora da casa de Ricardo, mesmo sendo bem de família?

SIM.

A penhorabilidade de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação também se aplica no caso de locação de imóvel comercial.

A exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família contida no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 é necessária, proporcional e razoável, mesmo na hipótese de locação comercial.

É necessária e proporcional, pois os outros meios legalmente aceitos para garantir o contrato de locação comercial, tais como caução e seguro-fiança, são mais custosos para grande parte dos empreendedores. Dessa forma, a fiança afigura-se a garantia que melhor propicia ganhos em termos da promoção da livre iniciativa, da valorização do trabalho e da defesa do consumidor.

Já a razoabilidade se assenta no fato de que o fiador tem livre disposição dos seus bens, o que deixa patente que a restrição ao seu direito de moradia encontra guarida no princípio da autonomia privada e da autodeterminação das pessoas, que é um princípio que integra a própria ideia ou direito de personalidade.

Tese fixada pelo STF:

É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial.

STF. Plenário. RE 1.307.334/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 8/3/2022 (Repercussão Geral – Tema 1127) (Info 1046).

O STJ acompanhou o STF e fixou a seguinte tese:

É válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII, do art. 3º da Lei nº 8.009/90.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.822.040-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1091) (Info 740).

A lei não distinguiu entre os contratos de locação para fins de afastamento do bem de família, (art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90).

Como bem pontuado pelo Min. Alexandre de Moraes em seu voto condutor, não é possível criar distinção onde a lei não distinguiu, pois haveria “flagrante violação ao princípio da isonomia relacionada ao instituto da fiança, haja a vista que o fiador de locação comercial, embora também excepcionado pelo artigo 3º, VII, teria incólume o seu bem de família, ao passo que o fiador de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado. Teríamos uma diferenciação não prevista por lei e sem diferenciação, a meu ver, principiológica que a embasa”.

Ao que parece, se realmente fosse para conferir algum tipo de proteção com base na igualdade, esta seria a de salvaguardar o fiador que deu o seu imóvel para proteger o direito fundamental à moradia do locador residencial e não o de socorrer aquele fiador que espontaneamente afiançou negócio jurídico voltado a promover o comércio.

Ademais, verifica-se que remanesce a premissa dos antigos precedentes que reconheceram a constitucionalidade e a legalidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação

residencial, por haver prevalência ao princípio da autonomia de vontade e ao direito de propriedade, atraindo, assim, a incidência do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

O fiador, no pleno exercício de seu direito de propriedade de usar, gozar e dispor da coisa (art. 1.228 do CC), pode afiançar, por escrito (art. 819 do CC), o contrato de locação (residencial ou comercial), abrindo mão da impenhorabilidade do seu bem de família, por sua livre e espontânea vontade, no âmbito de sua autonomia privada, de sua autodeterminação. Aliás, “admitir o contrário se constituiria, a um só tempo, clara violação do princípio da boa-fé objetiva” (RE 1.303.711, Rel. Min. Nunes Marques, Dje de 19/3/2021). Não se pode olvidar que entender de forma diversa (reconhecendo a impenhorabilidade do imóvel do fiador) acabaria por ensejar grave impacto na liberdade de empreender do locatário e no direito de propriedade do fiador, notadamente porque a fiança é sabidamente a garantia menos custosa e a mais aceita pelos locadores. Afastar a proteção do bem de família foi o instrumento jurídico de políticas públicas que o Estado se valeu para enfrentar o problema público da ausência de moradia e de fomento da atividade empresarial decorrente das dificuldades impostas aos contratos de locação.

Ademais, por uma análise econômica do direito, a interpretação que afasta a garantia fiduciária da locação comercial, mais precisamente a possibilidade de penhora do imóvel do fiador, muito provavelmente acabará retirando a eficiência do mercado imobiliário de locações para fins de exercício de atividade econômica, influenciando nas leis da oferta e da procura, já que haverá um aumento no custo do contrato, reduzindo o número de possíveis locatários com poder de locação, diminuindo a riqueza e o bem-estar, com o aumento do custo social, por reduzir o empreendedorismo, a oferta de empregos e, consequentemente, a renda da população.

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo ou taxativo? O plano de saúde pode se recusar a cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de que o referido tratamento não está previsto na lista de procedimentos da ANS?

Importante!!!

ODS 3, 10 e 16

- 1 - O rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;**
- 2 - A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;**
- 3 - É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;**
- 4 - Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que**
 - (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da Saúde Suplementar;**
 - (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências;**
 - (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e**

(iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

STJ. 2ª Seção. EREsp 1.886.929-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2022 (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, cliente da Unimed, está acometido de uma doença que causa o desgaste de suas vértebras.

Seu médico receitou determinado procedimento cirúrgico.

Ocorre que o plano de saúde não autorizou o custeio argumentando que esse tratamento não está no rol de procedimento previsto pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Diante disso, João ajuizou ação contra a Unimed sustentando a tese de que o rol procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo (e não exaustivo).

O que entende o STJ? O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo?

Antes de responder a pergunta, vamos entender melhor o tema.

O que é a ANS?

ANS é a sigla para Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Trata-se de uma autarquia sob regime especial criada pela Lei nº 9.961/2000.

Competência para elaborar a lista de procedimentos

Uma das atribuições da ANS é a de elaborar uma lista de procedimentos que deverão ser custeados pelas operadoras de planos de saúde. Essa competência está prevista no art. 4º, III, da Lei nº 9.961/2000:

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

Obs: a Lei nº 9.656/98 é a Lei dos Planos de Saúde.

Assim, a ANS prepara uma lista de tratamentos que deverão ser obrigatoriamente fornecidos pelos planos de saúde.

A Lei nº 9.656/98 também confere essa atribuição à ANS:

Art. 10 (...)

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (Incluído pela MP 2.177-44/2001)

Esse rol da ANS é obrigatório para os planos de saúde? Em outras palavras, se o tratamento estiver ali previsto, o plano de saúde deverá fornecer?

SIM. Trata-se de um rol de procedimentos de cobertura obrigatória.

Onde está, atualmente, previsto esse rol?

Na Resolução Normativa RN nº 428/2017, atualizada pela RN 439/2018.

Diretrizes técnicas que norteiam a elaboração deste rol

O rol da ANS, em consonância com o Direito Comparado, foi elaborado com base em diretrizes técnicas que levaram em consideração:

a) os princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS;

b) a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e

c) o resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

Retomando o tema: qual é a natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS?

A 2ª Seção do STJ decidiu que o rol é, em regra, TAXATIVO. Veja as conclusões fixadas:

1 - O rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;

2 - A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;

3 - É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;

4 - Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que:

(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da Saúde Suplementar;

(ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências;

(iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e

(iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

STJ. 2ª Seção. EREsp 1.886.929-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2022 (Info 740).

Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.656/98, os planos privados de assistência à saúde consistem em prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Por clara opção do legislador, extrai-se do art. 10, § 4º, da Lei nº 9.656/98, c/c o art. 4º, III, da Lei nº 9.961/2000, que é atribuição da ANS elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde.

A Medida Provisória nº 1.067, de 2 de setembro de 2021, convertida na Lei nº 14.307/2022, alterou o art. 10 da Lei nº 9.656/98 para, uma vez mais, explicitar que, a amplitude da cobertura legal no âmbito da Saúde Suplementar, será estabelecida em norma editada pela ANS (rol) e sua atualização a cada 120 dias:

Art. 10 (...)

§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS. (Redação dada pela Lei nº 14.307, de 2022)

(...)

§ 8º Os processos administrativos de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar referente aos tratamentos listados nas alíneas c do inciso I e g do inciso II do caput do art. 12 desta Lei deverão ser analisados de forma prioritária e concluídos no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 60 (sessenta) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem. (Incluído pela Lei nº 14.307, de 2022)

É importante salientar que, deixando nítido que não há o dever de fornecer toda e quaisquer cobertura vindicada pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas Resoluções Normativas ANS, a já mencionada Medida Provisória nº 1.067/2021 incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei nº 9.656/98:

Art. 10-D (...)

§ 3º A Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar deverá apresentar relatório que considerará: (Incluído pela Lei nº 14.307, de 2022)

I - as melhores evidências científicas disponíveis e possíveis sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade, a eficiência, a usabilidade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou para a autorização de uso; (Incluído pela Lei nº 14.307, de 2022)

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e (Incluído pela Lei nº 14.307, de 2022)

III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar. (Incluído pela Lei nº 14.307, de 2022)

Por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do "rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população.

Por outro lado, esse entendimento de que o rol (ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores) é meramente exemplificativo, malgrado, a toda evidência, seja ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas -, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado.

A submissão ao rol da ANS, a toda evidência, não privilegia nenhuma das partes da relação contratual, pois é solução concebida e estabelecida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual. É importante pontuar que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo subjetivismo.

Observa-se que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, que contém uma espécie de lente através da qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e os princípios que devem ser respeitados, entre os quais se destacam, no que interessa ao caso concreto, a "harmonia das relações de consumo" e o "equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

Na verdade, o contrato de assistência à saúde põe em confronto dois valores antagônicos. De um lado, a operação econômica, cujo equilíbrio deve ser preservado como meio de assegurar a utilidade do contrato (a assistência prometida). De outro lado, o interesse material do consumidor na preservação da sua saúde. Nesse rumo, é digno de registro que a uníssona doutrina especializada e a majoritária consumerista alertam para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar, realçando que "uma das grandes dificuldades em relação ao contrato de seguro e planos de assistência à saúde diz respeito à manutenção do equilíbrio das prestações no tempo".

A disciplina contratual "exige uma adequada divisão de ônus e benefícios, na linha de que os estudos sobre contratos relacionais no Brasil vêm desenvolvendo, dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade

de interesses, objetivos e padrões. Isso terá de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto na identificação de deveres específicos ao fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente".

Conclui-se que, se fosse o rol da ANS meramente exemplificativo, desvirtuar-se-ia sua função precípua, não se podendo definir o preço da cobertura diante de lista de procedimentos indefinida ou flexível. O prejuízo para o consumidor seria inevitável, já que, caso desrespeitada a regulação incidente, de duas uma: ou sobrecarregam-se os usuários com o consequente repasse dos custos ao preço final do serviço, impedindo maior acesso da população - sobretudo os mais vulneráveis economicamente - ao Sistema de Saúde Suplementar, ou inviabiliza-se a atividade econômica desenvolvida pelas operadoras e seguradoras.

DIREITO EMPRESARIAL

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A habilitação do crédito e a posterior homologação do plano de recuperação judicial não impede a rediscussão do seu valor em ação revisional de contrato relativa à mesma dívida

ODS 16

A homologação do plano de recuperação judicial não impede a rediscussão do débito, em ação revisional de contrato, relativa à mesma dívida, já habilitada e homologada, e a respeito do qual não houve impugnação.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.700.606-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A WBI Ltda. celebrou contrato de mútuo com o Banco do Brasil no valor de R\$ 1 milhão, a ser pago pela empresa em 5 anos.

Ocorre que, alguns meses depois, a WBI pediu recuperação judicial, que foi deferida.

Esse crédito que o Banco do Brasil tem para receber foi habilitado no plano de recuperação judicial e, segundo o plano, houve um "desconto" de 20%.

Cerca de dois meses depois, a WBI ingressou com ação revisional contra o Banco do Brasil, alegando que os juros cobrados no contrato de mútuo eram abusivos. Pediu, portanto, a revisão do contrato e a condenação do banco a devolver em dobro os valores cobrados a maior.

Contestação

Citado, o Banco do Brasil alegou que esse crédito já está habilitado e, portanto, abrangido pelos efeitos da recuperação judicial.

Argumentou que, como não houve recurso contra a decisão que homologou a habilitação de crédito do Banco, operou-se a coisa julgada, de forma que não é mais possível discutir o valor devido.

Afirmou, ainda, que a aprovação do plano de recuperação judicial implicou a novação do crédito, o que torna juridicamente impossível nova discussão sobre essa dívida.

A discussão chegou ao STJ. Os argumentos do Banco foram acolhidos? A homologação do plano de recuperação judicial impede que o débito seja rediscutido em ação revisional de contrato?

NÃO.

Realmente, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos. É o que prevê o art. 59 da Lei nº 11.101/2005:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

É preciso observar, contudo, que a novação, em regra, ainda que pressuponha a anterior homologação de um plano previamente aprovado pela assembleia geral de credores, não se opera por valores nominais, mas pela consolidação dos mais variados meios que a assembleia-geral de credores considerar necessários e suficientes para a superação da crise que acomete a empresa em recuperação.

Em outras palavras, a novação não significa que o novo valor que foi definido para o crédito seja imutável. A novação está relacionada com a nova forma de pagamento que foi definida.

Vale ressaltar ainda que, independentemente da nova condição especial de pagamento definida no plano (deságio, remissão parcial, parcelamento etc), a concessão dessa condição especial não leva em consideração eventuais acréscimos ou decréscimos ao valor da dívida habilitada, resultantes de ações judiciais em curso.

Assim, por exemplo, se o plano previu um “desconto” de 20%, esse percentual incidirá sobre o valor nominal que for eventualmente definido na ação revisional. Se a ação revisional for julgada improcedente, o desconto incidirá sobre o valor originário; por outro lado, se o pedido for procedente, o deságio incidirá sobre o novo valor definido.

Desse modo, sobre o crédito habilitado, ainda que já tenha sido homologado pelo juízo da recuperação, nada obsta que sobrevenham acréscimos ou decréscimos por força de provimento jurisdicional exarado em demandas judiciais em curso, a ensejar a aplicação da condição especial definida no plano de recuperação judicial ao novo valor do débito, judicialmente reconhecido.

A novação se opera, portanto, no tocante às condições especiais de pagamento estabelecidas no plano de recuperação judicial, e não sobre valores nominais, a afastar a alegação de preclusão ou de ofensa à coisa julgada.

Em suma:

A habilitação do crédito e a posterior homologação do plano de recuperação judicial não impede a rediscussão do seu valor em ação revisional de contrato relativa à mesma dívida.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.700.606-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROCEDIMENTOS

A prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais também se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior

Importante!!!

ODS 16

A partir da entrada em vigor do art. 186, § 3º, do CPC/2015, a prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais também se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior.

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. (...) § 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

STJ. Corte Especial. REsp 1.986.064-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01/06/2022 (Info 740).

O que são os Núcleos de Prática Jurídica?

O Núcleo de Prática Jurídica, também chamado de “escritório modelo”, é um espaço mantido pelas faculdades de direito no qual os alunos, geralmente finalistas do curso, sob a supervisão de um Professor que é advogado, oferecem assistência jurídica gratuita às pessoas economicamente carentes.

O Núcleo funciona, portanto, como uma prática jurídica real, matéria curricular obrigatória dos cursos de Direito.

Esta atividade tem duplo objetivo:

- a) finalidade pedagógica: considerando que os alunos irão aplicar, na prática, os conhecimentos teóricos que receberam ao longo do curso, atuando como se fossem advogados, sempre com a supervisão e sob a responsabilidade de um Professor advogado;
- b) finalidade social: contribuindo com a sociedade carente ao oferecer assistência jurídica gratuita.

Guardadas as devidas proporções, apenas para que você entenda o sentido geral, os núcleos de prática jurídica prestam um serviço assemelhado ao da Defensoria Pública. Vale ressaltar, contudo, que o modelo oferecido pela Defensoria Pública é o ideal para o assistido porque se trata de um serviço mais organizado, estruturado e com garantias institucionais que os núcleos infelizmente não possuem.

Como os Núcleos funcionam, na prática?

A pessoa carente que precisa de uma assistência jurídica procura o Núcleo; é atendida por um acadêmico (estagiário) que, supervisionado pelo Professor, identifica o caso e a providência jurídica. Se for necessário, o acadêmico recolhe cópias dos documentos fornecidos pelo assistido e prepara uma peça judicial que será assinada pelo Professor advogado.

A Defensoria Pública possui prazo em dobro para realizar todas as suas manifestações processuais (art. 186, caput, do CPC). Os Núcleos de prática jurídica possuem essa mesma prerrogativa?

SIM. Existe previsão expressa no § 3º do art. 186 do CPC:

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.

§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

§ 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

Essa prerrogativa do prazo em dobro também se aplica mesmo que seja o núcleo de prática jurídica de uma faculdade privada?

SIM.

Antes do CPC/2015, a prerrogativa de prazo em dobro, prevista no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, se aplicava apenas para os serviços de assistência judiciária organizados e mantidos pelo Estado, como é o caso dos núcleos de prática jurídica das instituições públicas de ensino superior. Assim, o prazo em dobro não se aplicava aos núcleos de prática jurídica vinculados às universidades privadas.

Com o CPC/2015, isso mudou.

A partir da entrada em vigor do art. 186, § 3º, do CPC/2015, a prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais também se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior.

A interpretação literal do art. 186, § 3º, do CPC/2015 revela que o legislador não fez qualquer diferenciação entre escritórios de prática jurídica de entidades de caráter público ou privado.

Em consequência, limitar tal prerrogativa aos núcleos de prática jurídica das entidades públicas de ensino superior significaria restringir indevidamente a aplicação da norma mediante a criação de um pressuposto não previsto em lei.

Os núcleos de prática jurídica vinculados às instituições de ensino superior, sejam elas públicas ou privadas, prestam assistência judiciária aos hipossuficientes. É razoável crer que os núcleos das instituições privadas experimentam as mesmas dificuldades de comunicação e de obtenção de informações, dados e documentos.

Também é razoável crer que tanto os escritórios jurídicos vinculados às instituições públicas quanto aqueles atrelados às universidades privadas são constantemente procurados por pessoas que não têm condições de arcar com as despesas para a contratação de advogado particular, recebendo um alto número de demandas.

Logo, o prazo em dobro constitui uma ferramenta imprescindível para o desempenho das atividades desenvolvidas pelos núcleos de prática jurídica das faculdades de Direito.

Assim, a partir da entrada em vigor do art. 186, § 3º, do CPC/2015, a prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais também se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior.

Em suma:

A prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais também se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior.

STJ. Corte Especial. REsp 1.986.064-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01/06/2022 (Info 740).

EXECUÇÃO FISCAL

**É possível a manutenção de penhora de valores via sistema BACENJUD
no caso de parcelamento do crédito fiscal?**

Importante!!!

ODS 16

O bloqueio de ativos financeiros do executado via sistema BACENJUD, em caso de concessão de parcelamento fiscal, seguirá a seguinte orientação:

(i) será levantado o bloqueio se a concessão é anterior à constrição; e

(ii) fica mantido o bloqueio se a concessão ocorre em momento posterior à constrição, ressalvada, nessa hipótese, a possibilidade excepcional de substituição da penhora online por fiança bancária ou seguro garantia, diante das peculiaridades do caso concreto, mediante comprovação irrefutável, a cargo do executado, da necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.696.270-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1012) (Info 740).

O que é o BACENJUD?

O BACENJUD é um sistema, via internet, que interliga o Poder Judiciário ao Banco Central e às instituições financeiras, com o objetivo de facilitar a solicitação de informações bancárias e o cumprimento de ordens judiciais de bloqueio de valores.

Por meio do BACENJUD os juízes, com senha previamente cadastrada, entram em uma *site* no qual podem solicitar informações bancárias sobre as partes dos processos judiciais, podendo também determinar o bloqueio e penhora de valores que estejam em contas bancárias ou aplicações financeiras.

O que é o parcelamento fiscal (tributário)?

O parcelamento tributário consiste na oportunidade oferecida pelo Fisco para que o devedor tributário possa pagar a sua dívida em prestações. Trata-se de uma decisão de política arrecadatória do ente. Ele pensa o seguinte: as pessoas estão sem condições de pagar à vista; é melhor eu aceitar receber parceladamente do que nunca conseguir a quitação.

O parcelamento é uma forma de suspensão do crédito tributário (art. 151, VI, do CTN), ou seja, enquanto o parcelamento estiver ativo (vigente), o Fisco não poderá dar início nem continuar a execução fiscal contra o devedor.

- Se o devedor descumprir as condições do parcelamento, este será revogado e o crédito tributário poderá ser cobrado.
- Se o devedor cumprir integralmente as condições do parcelamento pagando toda a dívida, haverá a extinção do crédito tributário.

SITUAÇÃO 1

Imagine agora a seguinte situação hipotética (situação 1):

A Fazenda Nacional ajuizou execução fiscal contra uma empresa.

O juiz determinou a penhora *on line* de dinheiro que estava na conta bancária da executada, pelo sistema BACENJUD.

Dois meses após o bloqueio dos valores na conta bancária, a executada celebrou com a Fazenda Nacional um parcelamento administrativo comprometendo-se a pagar a dívida cobrada em 48 parcelas.

Logo após a adesão ao parcelamento, a empresa peticionou nos autos pedindo a liberação dos valores penhorados.

O juiz deverá acatar o pedido da empresa e liberar o dinheiro penhorado?

NÃO.

O parcelamento fiscal, na forma do art. 151, VI, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito, acarretando por consequência a suspensão da execução fiscal. Vale ressaltar, contudo, que o parcelamento não tem o condão de afastar a constrição de valores bloqueados anteriormente.

A suspensão da exigibilidade decorrente do parcelamento mantém a relação jurídica processual no estado em que ela se encontra. Assim:

- se não havia sido feita penhora antes do parcelamento: a suspensão da execução faz com que fique proibida a realização de medidas constritivas enquanto o parcelamento estiver vigendo;
- por outro lado, se alguma medida de constrição (ex: penhora) já havia sido realizada, essa medida deverá ser preservada até que haja a integral quitação do débito ou eventual rescisão do parcelamento.

Ressalva quanto à possibilidade de excepcional substituição da penhora online por fiança bancária ou seguro garantia (art. 15, I, da Lei nº 6.830/80)

Desse modo, em nosso exemplo, a empresa não tem direito de obter o desbloqueio dos valores.

Existe alguma providência que a empresa poderá obter?

SIM. Embora não seja possível a liberação dos ativos bloqueados em caso de posterior concessão de parcelamento fiscal, é permitido, em hipóteses excepcionais, que ocorra a substituição da penhora do dinheiro por fiança bancária ou seguro garantia, nos casos em que houver a comprovação da necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade para o devedor.

Ressalte-se que não existe direito subjetivo do devedor de obter essa substituição. Isso porque, em regra, a Fazenda Pública pode se opor a essa substituição já que o dinheiro figura em primeiro lugar na ordem legal de preferência do art. 11 da Lei nº 6.830/80:

Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

- I - dinheiro;
- II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III - pedras e metais preciosos;

- IV - imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - veículos;
- VII - móveis ou semoventes; e
- VIII - direitos e ações.

Para que haja a substituição do dinheiro penhorado por seguro garantia ou fiança bancária, é indispensável a comprovação, no caso concreto, que essa medida atende o princípio da menor onerosidade. Nesse sentido:

É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a Fazenda Pública, em execução fiscal de crédito tributário, não está obrigada a aceitar substituição de penhora em dinheiro por seguro garantia sem a comprovação concreta da ofensa ao princípio da menor onerosidade.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp n. 1.978.151/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 30/5/2022.

Assim, é ônus da parte executada comprovar a necessidade de afastamento da ordem legal de preferência, inexistindo a preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre a efetividade da tutela executiva.

SITUAÇÃO 2

Imagine agora situação ligeiramente diferente:

A Fazenda Nacional ajuizou execução fiscal contra determinada empresa.

Dois dias depois, a empresa parcelou, administrativamente, débito que estava sendo cobrado.

O magistrado, sem saber que a executada já tinha aderido ao parcelamento administrativo dos débitos, efetuou, via BACENJUD, o bloqueio de valores da empresa.

A executada formulou petição ao magistrado pedindo a liberação dos valores bloqueados, afirmando que a penhora não poderia ter sido materializada, já que o débito já estava parcelado.

Nesta segunda situação, o juiz deverá acolher o pedido e determinar o desbloqueio?

SIM. Segundo o art. 151, VI, do CTN, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário. Logo, o parcelamento impede que sejam efetivadas medidas de cobrança do débito, dentre elas a penhora. Consequentemente, se a exigibilidade foi suspensa, não havia razão jurídica que autorizasse a efetivação da ordem de bloqueio.

Tese fixada pelo STJ:

O bloqueio de ativos financeiros do executado via sistema BACENJUD, em caso de concessão de parcelamento fiscal, seguirá a seguinte orientação:

(i) será levantado o bloqueio se a concessão é anterior à constrição; e

(ii) fica mantido o bloqueio se a concessão ocorre em momento posterior à constrição, ressalvada, nessa hipótese, a possibilidade excepcional de substituição da penhora online por fiança bancária ou seguro garantia, diante das peculiaridades do caso concreto, mediante comprovação irrefutável, a cargo do executado, da necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.696.270-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1012) (Info 740).

Resumindo para ficar mais fácil:

Se o devedor aderiu a parcelamento administrativo dos débitos tributários, os seus bens penhorados na execução fiscal deverão ser liberados?

- Se a penhora ocorreu ANTES do parcelamento: NÃO.
- Se a penhora ocorreu DEPOIS do parcelamento: SIM.

DIREITO PENAL

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (ESTUPRO DE VULNERÁVEL)

É possível desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)?

Importante!!!

ODS 16

Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

STJ. 3ª Seção. REsp 1.959.697-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1121) (Info 740).

O julgado comentado envolve o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). Antes de verificarmos o que foi decidido, irei fazer uma breve exposição sobre esse crime. Se estiver sem tempo, pode ir diretamente para a explicação do julgado.

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

A Lei nº 13.718/2018 acrescentou um novo delito no art. 215-A do Código Penal, chamado de “importunação sexual”:

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Em que consiste o delito:

- O agente (que pode ser homem ou mulher)
- pratica contra a vítima (que também pode ser homem ou mulher)
- ato libidinoso
- com o objetivo de satisfazer a própria lascívia
- ou a lascívia de terceiro.

Ato libidinoso

Ato libidinoso é todo ato de cunho sexual capaz de gerar no sujeito a satisfação de seus desejos sexuais.

Exs: penetração do pênis na vagina (chamada de conjunção carnal), penetração anal, sexo oral, masturbação, toques íntimos etc.

Lascívia

Lascívia é o prazer sexual, o prazer carnal, a luxúria.

Obs: luxúria não tem nada a ver com luxo, mas sim com sexo.

Exemplo 1:

Dentro de um ônibus, determinado homem faz automasturbação e ejacula nas costas de uma passageira que está sentada à sua frente.

Esta conduta abominável, lamentavelmente, tem ocorrido com certa frequência.

O fato não podia ser enquadrado como estupro (art. 213 do CP), considerando que não houve violência ou grave ameaça:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Também não podia ser classificado como violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP), tendo em vista que o ato libidinoso não foi praticado com a vítima:

Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Diante disso, essa conduta era “punida” como contravenção penal:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Agora, com a Lei nº 13.718/2018, este fato é tipificado como importunação sexual, delito do art. 215-A do CP. Vale ressaltar que a Lei nº 13.718/2018 REVOGOU a contravenção penal do art. 61 do DL 3.688/41.

Exemplo 2:

O art. 215-A do CP também serve para punir a conduta do *frotteurismo*.

O *frotteurismo* consiste em “tocar e esfregar-se em uma pessoa sem seu consentimento. O comportamento geralmente ocorre em locais com grande concentração de pessoas, dos quais o indivíduo pode escapar mais facilmente de uma detenção (por ex., calçadas movimentadas ou veículos de transporte coletivo). Ele esfrega seus genitais contra as coxas e nádegas ou acaricia com as mãos a genitália ou os seios da vítima. Ao fazê-lo, o indivíduo geralmente fantasia um relacionamento exclusivo e carinhos com a vítima.” (<http://www.psiquiatriageral.com.br/dsm4/sexual4.htm>. Acesso em 29/09/2018).

No *frotteurismo* não há violência ou grave ameaça, razão pela qual não se enquadra como estupro (art. 213 do CP), mas sim o delito do art. 215-A do CP.

“Se o ato não constitui crime mais grave”

Há uma subsidiariedade expressa no preceito secundário do art. 215-A do CP. Isso significa que, se a conduta praticada puder se enquadrar em um delito mais grave, não será o crime do art. 215-A do CP.

Ex: se o agente “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia”, mas utilizando-se de violência ou grave ameaça, poderá configurar o crime do art. 213 do CP (mais grave e mais específico).

Bem jurídico protegido

É a liberdade sexual.

Sujeito ativo

Crime comum.

Pode ser praticado por qualquer pessoa (homem ou mulher).

Sujeito passivo

Pode ser praticado contra qualquer pessoa (homem ou mulher).

Assim, o art. 215-A do CP é crime bicomum.

Se a vítima for pessoa menor de 14 anos

Neste caso, a conduta poderá configurar o crime do art. 218-A do CP:

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos

A depender de peculiaridades do caso concreto, o fato pode até mesmo ser enquadrado como estupro de vulnerável. Veja esta situação analisada pelo STJ (com adaptações):

O homem convenceu uma criança de 10 anos a ir até o motel com ele.

Chegando lá, o agente pediu que a garota ficasse nua na sua frente, tendo sido atendido.

O simples fato de ver a menina nua já satisfaz o sujeito que, após alguns minutos olhando a criança, determinou que ela vestisse novamente as roupas.

Foram, então, embora do local sem que o agente tenha tocado na garota.

A criança acabou contando o que se passou a seus pais e o sujeito foi denunciado pelo Ministério Público pela prática de estupro de vulnerável.

O STJ manteve a imputação:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável.

STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587).

O sujeito passivo precisa ser uma pessoa específica

Conforme explica com muita propriedade Rogério Sanches:

“O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação. Assim é não só porque o crime está no capítulo relativo à liberdade sexual, da qual apenas indivíduos podem ser titulares, mas também porque somente desta forma se evita confusão com o crime de ato obsceno. Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local.” (Lei 13.718/18: Introduce modificações nos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/>. Acesso em 02/10/2018).

Elemento subjetivo

O crime é punido a título de dolo.

Exige-se um elemento subjetivo específico (vulgo “dolo específico”): o agente deve ter praticado a conduta “com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

Não admite modalidade culposa.

Importunação sexual x Ato obsceno

Existe um outro crime (ato obsceno) que, no caso concreto, poderia ser confundido com a importunação sexual. Vamos comparar os dois crimes:

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL	ATO OBSCENO
Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.	Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

O sujeito passivo é determinado (uma pessoa determinada ou um grupo de pessoas determinado).	Sujeito passivo é a coletividade (crime vago).
Exige-se um elemento subjetivo especial. O agente pratica a conduta "com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro".	O elemento subjetivo é o dolo, não se exigindo do sujeito nenhuma finalidade específica.
A conduta não precisa ter sido praticada em lugar público, ou aberto ou exposto a público. Ex: pode ser praticado no interior de uma casa.	Para que o crime se configure, é indispensável que o ato obsceno tenha sido praticado em lugar público, ou aberto ou exposto ao público.
Para que o crime se configure, é indispensável que o ato libidinoso tenha sido praticado contra alguém que não concordou com isso. A análise da anuência ou não da pessoa atingida é fundamental.	Não importa se houve ou não anuência das pessoas que estavam presentes. Se o ato obsceno foi praticado em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, haverá o crime.
Infração de médio potencial ofensivo.	Infração de menor potencial ofensivo.

Tentativa

Na teoria, é possível. Isso porque se trata de crime plurissubsistente.

Crime plurissubsistente é aquele no qual a execução pode ser fracionada em vários atos.

Ação penal

Trata-se de crime de ação pública INCONDICIONADA.

A partir da Lei nº 13.718/2018, todos os crimes contra a dignidade sexual são crimes de ação pública incondicionada (art. 225 do CP).

Infração de médio potencial ofensivo

A importunação sexual possui pena de 1 a 5 anos de reclusão. Logo, classifica-se como infração de médio potencial ofensivo. Isso significa que é possível a concessão de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Não se trata de crime hediondo

Dos delitos contra a dignidade sexual, apenas o estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º), o estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º) e o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º) são crimes hediondos.

Revogação do art. 61 da Lei de Contravenções Penais

A Lei nº 13.718/2018, além de inserir o crime do art. 215-A ao CP, também revogou o art. 61 do DL 3.688/41 (contravenção penal que era chamada de importunação ofensiva ao pudor). Compare:

IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR	IMPORTUNAÇÃO SEXUAL
Lei de Contravenções Penais (DL 3.688/41) Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.	Código Penal Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.
Era uma contravenção penal.	Trata-se de crime.
Revogada pela Lei nº 13.718/2018.	Incluído pela Lei nº 13.718/2018.

Pergunta: houve *abolitio criminis*? Os indivíduos que estavam respondendo ou já haviam sido condenados por importunação ofensiva ao pudor foram beneficiados com a Lei nº 13.718/2018 e poderão pedir o reconhecimento de *abolitio criminis*?

NÃO. A conduta descrita no art. 61 do DL 3.688/41 passou a ser prevista no art. 215-A do Código Penal, ainda que com outra redação mais abrangente.

Desse modo, não houve *abolitio criminis*, mas sim continuidade normativo-típica.

O princípio da continuidade normativa ocorre “quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário.” (Min. Gilson Dipp, em voto proferido no HC 204.416/SP).

Logo, para as pessoas que estavam respondendo ou haviam sido condenadas pelo art. 61 do DL 3.688/41 antes da Lei nº 13.654/2018, nada muda.

Os indivíduos que ejacularam nas vítimas ou que praticaram frotteurismo antes do dia 25/09/2018 poderão responder pelo crime do art. 215-A do CP?

NÃO. Somente podem responder pelo art. 215-A do CP aqueles que praticaram a conduta a partir do dia 25/09/2018 (se foi no dia 25/09/2018, já incide o art. 215-A).

Como a Lei nº 13.718/2018 incluiu uma nova infração penal (art. 215-A do CP) mais grave que a contravenção penal do art. 61, ela representa *novatio legis in pejus* (lei penal mais grave), não podendo retroagir para alcançar situações pretéritas (art. 5º, XL, da CF/88).

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação adaptada (nomes fictícios):

Uma criança, na época com cinco anos de idade, foi deixada aos cuidados de Regina, então companheira de João.

A criança ficou no apartamento onde moravam Regina e João.

Em determinado momento, na sala do apartamento, João se posicionou em frente da criança e, com a calça abaixada e o pênis ereto, mostrou seu órgão genital, pedindo que a criança “chupasse seu pinto”.

Regina entrou na sala no momento e interrompeu o ato, desferindo um soco no pênis de João, retirando a criança de perto dele.

João foi denunciado pelo crime de estupro de vulnerável na forma tentada (art. 217-A c/c art. 14, II, do CP):

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

Art. 14. Diz-se o crime:

(...)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Ao final da instrução, o juízo de origem julgou procedente a pretensão punitiva, condenando o réu.

Inconformado, o réu recorreu, requerendo a desclassificação do crime para importunação sexual (art. 215-A do CP).

O Tribunal de Justiça deu provimento à apelação e desclassificou o crime.

De acordo com o acórdão da Corte Estadual:

“(…) No caso dos autos, a desclassificação torna-se viável, diante do princípio da proporcionalidade.

Na hipótese, diante da pequena extensão dos atos praticados (mostrar o pênis ereto ao infante e pedir para que este o chupasse), sem que ocorresse qualquer contato entre as partes, muito embora próximos (ambos estavam na sala de tv) permite tal conclusão”.

O MP não concordou e interpôs recurso especial pedindo o restabelecimento da condenação por estupro de vulnerável tentado.

O STJ concordou com o pedido do MP?

SIM.

A 3ª Seção do STJ, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial do MP para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau, que reconheceu a tentativa de estupro de vulnerável, e fixou a seguinte tese:

Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

STJ. 3ª Seção. REsp 1.959.697-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1121) (Info 740).

Cifra negra nas estatísticas

O abuso sexual contra o público infantojuvenil é uma realidade que insiste em perdurar ao longo do tempo.

A grande dificuldade desse problema, porém, é dimensioná-lo, pois uma parte considerável dos delitos, conforme a doutrina, “ocorrem no interior dos lares, que permanecem recobertos pelo silêncio das vítimas”.

Há uma elevada taxa de cifra negra nas estatísticas. Além do natural medo de contar para os pais (quando estes não são os próprios agressores), não raro essas vítimas sequer, como alerta a doutrina, “possuem a compreensão adequada da anormalidade da situação vivenciada”.

Prática de qualquer ato libidinoso destinado à satisfação da lascívia contra menor de 14 anos configura estupro de vulnerável

A prática de qualquer ato libidinoso, compreendido como aquele destinado à satisfação da lascívia, com menor de 14 anos, configura o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP):

(...) 3. No caso em apreço, o acusado, ao tocar nos seios da criança, ainda que por cima da roupa, praticou todos os atos necessários à tipificação do delito de estupro de vulnerável, que não exige atos invasivos, conforme jurisprudência deste Tribunal.

4. Não obstante a inovação trazida pelo art. 215-A do Código Penal (introduzido pela Lei 13.718/2018), “a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos” (REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei), de modo que é “inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade” (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.225.717/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019). (...)

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.824.358/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 03/11/2020.

Não é necessário contato físico

Vale ressaltar que é sempre necessário o especial fim de agir: “para satisfazer à lascívia”. Porém, não se tolera as atitudes voluptuosas, por mais ligeiras que possam parecer. Em alguns precedentes, ressaltou-se até mesmo que o delito prescinde inclusive de contato físico entre vítima e agressor:

É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional.

Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.

STJ. 6ª Turma. HC 478.310/PA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 9/2/2021.

Assim, a maior ou menor superficialidade dos atos libidinosos, a intensidade do contato ou a virulência da ação criminosa não são critérios relevantes para a tipificação do delito em questão.

Além disso, é válido lembrar que outras circunstâncias incidentais, como o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre vítima e agente delitivo, igualmente, não se revelam capazes de excluir o crime ou modificar a figura típica.

Não se aplica o art. 215-A por força dos princípios da especialidade e da subsidiariedade

A superveniência do art. 215-A do CP (crime de importunação sexual) trouxe novamente a discussão à tona, mas o conflito aparente de normas é resolvido pelo princípio da especialidade do art. 217-A do CP, que possui o elemento especializante “menor de 14 anos”, e também pelo princípio da subsidiariedade expressa do art. 215-A do CP, conforme se verifica de seu preceito secundário *in fine*:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Estudando a nova figura típica, e cotejando com as outras então existentes, a doutrina observa que, na importunação sexual, a falta de anuência da vítima não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento.

Se houver constrangimento no sentido de “obrigar” alguém à prática de ato de libidinagem, estará configurado o crime de estupro, ante a presença do verbo nuclear do tipo do art. 213 do CP.

Nos casos de estupro de vulnerável, por outro lado, é necessário advertir que não há propriamente um constrangimento à prática de atos sexuais. Não existe sequer presunção de constrangimento ou de violência. Na figura típica do art. 217-A do CP, pune-se simplesmente a prática de atos de libidinagem com alguém menor de catorze anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Por isso, ao contrário do que ocorre no cotejo entre os arts. 213 e 215-A, ambos do CP, o constrangimento não é elemento especializante do estupro de vulnerável. O fator especializante do art. 217-A do CP é simplesmente a idade da vítima: “vítima menor de 14 (catorze) anos”.

Mandamento constitucional de criminalização

Desclassificar a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o delito do art. 215-A do CP, crime de médio potencial ofensivo que admite a suspensão condicional do processo, desrespeitaria ao mandamento constitucional de criminalização do art. 227, §4º, da CF/88, que determina a punição severa do abuso ou exploração sexual de crianças e adolescentes:

Art. 227 (...)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Tratados internacionais

Desclassificar a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o delito do art. 215-A do CP também significaria o descumprimento a tratados internacionais.

O art. 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é peremptório ao impor aos Estados a adoção de medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra “todas” as formas de abuso.

Princípio da proporcionalidade no aspecto da proibição da proteção insuficiente

Em verdade, a subsunção no art. 217-A do CP prestigia o princípio da proporcionalidade, notadamente no aspecto da proibição da proteção insuficiente, bem como o princípio da proteção integral, conforme visto. Vale lembrar que a criança e adolescente são indivíduos que possuem uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA). Por isso, a proteção especial não se mostra afrontosa ao princípio da isonomia.

De fato, o legislador pátrio poderia, ou mesmo deveria, promover uma graduação entre as espécies de condutas sexuais praticadas em face de pessoas vulneráveis, seja por meio de tipos intermediários, o que poderia ser feito através de crimes privilegiados, ou causas especiais de diminuição. De sorte que, assim, tornar-se-ia possível penalizar mais ou menos gravosamente a conduta, conforme a intensidade de contato e os danos (físicos ou psicológicos) provocados. Mas, infelizmente, não foi essa a opção do legislador e, em matéria penal, a estrita legalidade se impõe ao que idealmente desejam os aplicadores da lei criminal.

Absoluta intolerância de atos de conotação sexual envolvendo menores de 14 anos

Verifique-se que a opção legislativa é pela absoluta intolerância com atos de conotação sexual com pessoas menores de 14 anos, ainda que superficiais e não invasivos.

"O abuso sexual contra crianças e adolescentes é problema jurídico, mas sobretudo de saúde pública, não somente pelos números colhidos, mas também pelas graves consequências para o desenvolvimento afetivo, social e cognitivo". Nesse sentido, "não é somente a liberdade sexual da vítima que deve ser protegida, mas igualmente o livre e sadio desenvolvimento da personalidade sexual da criança" (BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book, Introdução, cap. 1). Tanto a jurisprudência desta Corte Superior quanto a do Supremo Tribunal Federal são pacíficas em rechaçar a pretensão de desclassificação da conduta de praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o crime de importunação sexual (art. 215-A do CP).

CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

O crime tipificado no art. 2º da Lei 8.176/91 é permanente ou instantâneo?

Importante!!!

ODS 16

É hipótese de crime permanente, a conduta tipificada no art. 2º da Lei nº 8.176/91, na modalidade de usurpação por exploração de matérias-primas pertencentes à União, enquanto verificada a prática de múltiplas condutas visando a extração do bem mineral, sem evidência de que o agente ativo intencionalmente cessou a atividade extrativa.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.998.631-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A Polícia Federal descobriu que, em uma fazenda localizada no interior da Bahia, estava ocorrendo a atividade de extração clandestina de areia.

Isso é algum problema? É proibida a lavra clandestina de areia?

Sim. A extração ilegal de areia pode configurar, em tese, dois crimes diferentes:

- o delito do art. 2º da Lei nº 8.176/91; e
- o crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98.

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

A areia é um recurso mineral pertencente à União. Compete à União, mediante autorização, conceder a terceiros o direito de minerar. Nesse sentido:

A previsão contida no art. 2º da Lei 8.176/91 tem por objeto a preservação de bens e matérias-primas que integrem o patrimônio da União, de modo que a exploração, seja qual for a matéria-prima, requer a devida autorização estatal, não importando a natureza do respectivo ato, mas tão somente que haja autorização para tanto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp n. 1.944.475/PB, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 28/9/2021.

Além disso, a retirada ilegal de areia pode ocasionar a erosão acelerada e a compactação do solo. Logo, essa lavra deve ser acompanhada de medidas compensatórias dos danos causados ao meio ambiente.

É possível se reconhecer o concurso de crimes entre o art. 2º da Lei nº 8.176/91 e o art. 55 da Lei nº 9.605/98?

SIM. Isso porque tutelam bens jurídicos diferentes:

Os crimes tipificados nos arts. 2º da Lei n. 8.176/1991 e 55 da Lei n. 9.605/1998 visam à tutela de bens jurídicos diversos. Enquanto este delito tem por finalidade a proteção do meio ambiente, quanto aos recursos encontrados no solo e no subsolo, aquele tem por objeto a preservação de bens e matérias-primas que integrem o patrimônio da União.

A jurisprudência do STJ, em diversas situações, já afastou o conflito aparente de normas e, em vista da lesividade a bens jurídicos distintos, reconheceu o concurso formal de crimes.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.856.109/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/6/2020.

É inaplicável o princípio da especialidade entre os delitos dos arts. 2º da Lei n. 8.176/1991 e 55 da Lei n. 9.605/1998, porquanto tutelam bens jurídicos diversos: o primeiro protege a ordem econômica e o último, o meio ambiente. Aplica-se, ao caso, o concurso formal de crimes.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp n. 1.156.802/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 6/8/2019.

Para a configuração desses delitos é indispensável a realização de perícia por serem crimes materiais que deixam vestígio?

NÃO.

Os crimes previstos nos artigos 2º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998 são formais, ou seja, não exigem resultado naturalístico para a sua consumação, razão pela qual ainda que haja efetivo dano não há que se falar em indispensabilidade de perícia para a sua comprovação.

Na espécie, a ação penal foi instruída com o parecer técnico elaborado pelo Departamento de Produção Mineral, o que é suficiente para a comprovação da materialidade delitiva, uma vez que tal documento atestou a usuração de matéria-prima da União e a exploração de recurso natural, o que inclusive foi verificado in loco.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 539.223/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/12/2019.

Voltando ao caso concreto:

De acordo com o inquérito, no local foram encontrados tratores realizando escavações e caminhões transportando areia na localidade. Os agentes estimaram o volume lavrado em 400m³ de areia, precificados, à época, em quase R\$ 2 milhões.

As investigações constataram que houve três períodos de extração ilegal de areia no local: em março de 2016, em junho de 2016 e dezembro de 2016.

Em razão desse fato, o Ministério Público ofereceu denúncia pela prática da conduta típica descrita no art. 2º, da Lei nº 8.176/91 c/c o art. 55, da Lei nº 9.605/88.

Na denúncia, o Procurador da República narrou que o crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 foi praticado em continuidade delitiva considerando que houve três extrações de areia.

O réu se defendeu argumentando que crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 é de natureza permanente, de modo que, embora a conduta delituosa de extração tenha sido constatada em três ocasiões distintas, trata-se de um crime único, devendo ser afastada a regra da continuidade delitiva.

O STJ acolheu os argumentos do MPF ou da defesa? O crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 é instantâneo ou permanente?

A tese invocada pela defesa é acolhida pelo STJ. Trata-se de crime permanente.

Instantâneo x permanente

A diferença entre o crime instantâneo e o permanente estabelece-se a partir do lapso temporal em que verificada a consumação delitiva.

No crime instantâneo não se verifica um prolongamento da atividade delitiva, sendo quase que imediata a prática do verbo nuclear do tipo e o resultado (lesão do bem jurídico).

No crime permanente, a própria natureza do bem jurídico tutelado no tipo viabiliza um prolongamento da consumação, de modo que a conduta delitiva se protraí no tempo, só cessando por vontade do autor.

Por que é permanente?

O crime de usuração por exploração de matérias-primas pertencentes à União (art. 2º da Lei nº 8.176/91), envolve, como regra geral, uma ação contínua do agente no sentido de explorar o recurso mineral objeto de usuração, notadamente porque essa exploração só é possível mediante a prática de múltiplas condutas que vão além da extração em si.

Em outras palavras, essa atividade envolve, quase sempre, uma continuidade de atos.

Mesmo quando a extração é interrompida por alguns dias ou meses, é possível falarmos que a consumação se prolongou nos casos em que o agente mantém no local a estrutura e as máquinas utilizadas para a extração. Isso porque, neste caso, fica evidente que o processo de extração está pronto para ser retomado, não tendo o agente intencionalmente cessado o crime.

Considerando a natureza da atividade, é possível concluir que, enquanto verificada essa exploração, ou seja, a prática de múltiplas condutas visando a extração do bem mineral, sem evidência de que o agente ativo intencionalmente cessou a atividade, a hipótese é de crime permanente.

Em suma:

É hipótese de crime permanente, a conduta tipificada no art. 2º da Lei nº 8.176/91, na modalidade de usuração por exploração de matérias-primas pertencentes à União, enquanto verificada a prática de múltiplas condutas visando a extração do bem mineral, sem evidência de que o agente ativo intencionalmente cessou a atividade extrativa.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.998.631-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

A simples habilitação do advogado nos autos de processo conduzido por juiz que é seu inimigo não se enquadra, por si só, na situação do art. 256 do CPP

ODS 16

A hipótese excepcional do art. 256 do CPP somente pode ser reconhecida se o magistrado ou o Tribunal, atendendo a elevado ônus argumentativo, demonstrar de maneira inequívoca que o excipiente provocou dolosamente a suspeição.

Não cabem, aqui, intuições, conjecturas ou palpites, sendo imprescindível a comprovação do artifício ilícito, devidamente fundamentada na decisão ou acórdão.

Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.026.528-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Carlos foi denunciado pelo Ministério Público pela prática de um crime.

A ação penal foi distribuída para a 5ª Vara Criminal, que tem Mário como Juiz titular.

Na audiência, Carlos compareceu assistido por Ronaldo como seu advogado.

Ronaldo apresentou arguição de suspeição em face Mário alegando que eles (advogado e juiz) são inimigos. A defesa pediu o reconhecimento da suspeição prevista no art. 145, I, do CPC, aplicável no processo penal por força do art. 3º do CPP:

CPC/Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

CPP/Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

A defesa comprovou que, em outros processos, o magistrado excepto já foi reconhecido como suspeito para julgar processos que envolvam o referido advogado.

A despeito disso, o juiz excepto não aceitou a suspeição (art. 97 do CPP).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, não reconheceu a suspeição no caso concreto sob o argumento de que a constituição de Ronaldo como advogado do réu foi uma manobra processual da defesa para afastar o juiz Mário da presidência da ação penal. Logo, deveria ser aplicada a parte final do art. 256 do CPP:

Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

O Tribunal afirmou, ainda, que:

- não havia procuração conferida pelo réu ao advogado para atuar na causa;
- o advogado já atuou em outros casos envolvendo o magistrado e não arguiu sua suspeição.

A defesa interpôs recurso especial.

Para o STJ, o Tribunal de Justiça agiu corretamente neste caso?

NÃO.

Dimensão dúplici do art. 256 do CPP

O art. 256 do CPP tem dimensão dúplici, sendo fundamento na boa-fé objetiva e tendo como objetivo gerar uma economia comportamental.

No que se refere ao primeiro aspecto (boa-fé objetiva), o art. 256 do CPP impõe às partes processuais a observância de um *standard* comportamental mínimo, de forte carga moral.

No que tange ao segundo ponto (economia comportamental), esse dispositivo busca desestimular comportamentos aproveitadores, pois a parte mal-intencionada saberá de antemão que não conseguirá afastar da causa, com eventuais ofensas, um juiz cujo perfil lhe desagrade.

Art. 256 do CPP não pode ser aplicado a partir de meras conjecturas

A despeito da sua relevância, é certo que o art. 256 do CPP não pode ser aplicado com base em argumentos genéricos, intuições, conjecturas ou desconfiças.

Para a aplicação do art. 256 do CPP, é necessário que se decline precisamente o porquê de enxergar, na conduta do excipiente, a criação dolosa de uma hipótese de suspeição.

No caso concreto, o TJ afirmou que “a impressão que se tem é que o advogado excipiente ingressou nos autos com o objetivo de dar causa à suspeição”.

Para o STJ, essa argumentação não foi suficiente. Nada de concreto foi dito pelo Tribunal de Justiça a respeito da base fática de incidência do art. 256 do CPP. Não disse o TJ, por exemplo, que o advogado teria provocado o magistrado e o insultado a fim de gerar a suspeição – até porque a inimizade entre eles remonta pelo menos ao ano de 2005, 13 anos antes de ajuizada esta exceção. Também não se colhe do acórdão recorrido a indicação de nenhuma conduta eivada de má-fé ou dolo, praticada pelo causídico, para buscar o afastamento do juiz.

Na verdade, o único fato efetivamente imputado pelo Tribunal ao defensor foi sua suposta habilitação tardia na causa, como se esse fato tivesse alguma relação com o art. 256 do CPP. A lei não estabelece nenhum marco temporal final para o ingresso de representantes processuais, que podem se habilitar no processo a qualquer tempo, inclusive nas instâncias superiores.

No caso, o único fato efetivamente imputado pelo Tribunal ao defensor foi sua suposta habilitação tardia na causa, como se esse fato tivesse alguma relação com o art. 256 do CPP. Ora, a lei não estabelece nenhum marco temporal final para o ingresso de representantes processuais, que podem se habilitar no processo a qualquer tempo, inclusive nas instâncias superiores. No presente caso, o que o aresto impugnado narra é simplesmente o acréscimo de um advogado à defesa do réu, quando o feito ainda tramitava em primeiro grau de jurisdição, em seus estágios iniciais.

Se a simples habilitação do advogado nos autos fosse suficiente para atrair a aplicação do art. 256 do CPP, até mesmo seu direito fundamental à liberdade profissional (art. 5º, XIII, da CF/88) ficaria prejudicado, porque somente poderia exercer sua atividade advocatícia em processos fora da competência territorial do juízo excepto. Isso ofende, igualmente, a prerrogativa fundamental da advocacia contida no art. 7º, I, da Lei nº 8.906/94, que assegura ao advogado o direito de “exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”.

O que a legislação determina é o completo oposto: com o reconhecimento da suspeição, é o juiz quem se remove da causa, nos termos do art. 99 do CPP, não cabendo atribuir ao advogado - sem lei autorizadora - a obrigação de afastar-se preventivamente dos processos conduzidos pelo magistrado suspeito, que seria o resultado prático decorrente da interpretação conferida pelo Tribunal de origem ao art. 256 do CPP.

Designação apud acta

Também não deve ser aceita a argumentação de que não havia procuração.

O art. 266 do CPP permite a constituição de defensor pelo réu em audiência, mesmo sem a apresentação de instrumento da mandato:

Art. 266. A constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório.

Trata-se da conhecida designação *apud acta*, peculiaridade do processo penal que privilegia a instrumentalidade das formas e a ampla defesa, facilitando o exercício da atividade advocatícia pela remoção de entraves burocráticos, diante da inequívoca manifestação de vontade da parte em constituir seu representante.

O art. 266 do CPP excepciona, assim, a regra geral de outorga de poderes ao advogado por escrito.

O STJ já validou, por diversas vezes, a aplicabilidade atual do art. 266 do CPP, que resistiu ao teste do tempo e passou incólume pelas diversas reformas do CPP, sem revogação tácita ou expressa de seu teor.

O fato de o advogado ter atuado em outras causas com o juiz não impede a arguição de suspeição neste

O fato de o advogado não ter suscitado a suspeição do magistrado em outros processos não é fundamento bastante para, por si só, permitir que o Judiciário feche os olhos a tão grave vício de parcialidade.

Fora das estritas hipóteses legais de superação da suspeição - excepcionalíssimas por natureza -, não é dado ao julgador criar formas de convalidação dessa deficiência na validade processual.

Se há alguma contradição na atuação do advogado ao não suscitar a suspeição enquanto representava outros clientes em outros processos, essa é uma questão a ser dirimida entre o causídico e seus representados, ou entre ele e a OAB, do ponto da eficiência de seu desempenho profissional. Por isso, seria possível pensar, em tese, numa eventual responsabilidade civil ou disciplinar do advogado por alguma deficiência no trabalho que prestou em outros processos, caso algum de seus clientes tenha sofrido prejuízo por um suposto lapso profissional.

Em suma:

A hipótese excepcional do art. 256 do CPP somente pode ser reconhecida se o magistrado ou o Tribunal, atendendo a elevado ônus argumentativo, demonstrar de maneira inequívoca que o excipiente provocou dolosamente a suspeição.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.026.528-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

DOD PLUS

É possível aplicar, no processo penal, as hipóteses de suspeição previstas no art. 145 do CPC?

SIM. A jurisprudência do STJ reconhece que as hipóteses de suspeição previstas no art. 254 do CPP são exemplificativas, e, por isso, admite a aplicação do art. 145, IV, do Código de Processo Civil (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 699.936/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 8/3/2022).

Cuidado para não confundir:

- Rol de impedimentos (art. 252): taxativo.
- Rol de suspeições (art. 254): exemplificativo.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

Reconhecido o direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso, é possível a execução das parcelas do benefício postulado na via judicial

Importante!!!

ODS 16

O segurado tem direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso.

Em cumprimento de sentença, o segurado possui o direito à manutenção do benefício previdenciário concedido administrativamente no curso da ação judicial e, concomitantemente, à execução das parcelas do benefício reconhecido na via judicial, limitadas à data de implantação daquele conferido na via administrativa.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.767.789-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1018) (Info 740).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 22/05/2012 (DER*), João formulou requerimento administrativo junto ao INSS pedindo a concessão de aposentadoria.

O benefício foi negado pela autarquia previdenciária porque ela não reconheceu como válidos quatro anos de trabalho prestados pelo segurado na antiga Varig.

* DER é a sigla utilizada na prática previdenciária para designar a data de entrada do requerimento, ou seja, o momento em que o segurado ou seu dependente provoca a previdência social, pedindo a concessão do benefício pretendido.

Ação judicial

Inconformado, João ajuizou ação contra o INSS pedindo a aposentadoria (via judicial).

Enquanto aguardava a tramitação do processo, João permaneceu trabalhando e, conseqüentemente, continuou contribuindo para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tendo em vista que a contribuição previdenciária era descontada na folha de pagamento.

Segundo requerimento administrativo

Passaram-se quatro anos e o processo judicial não terminou.

Diante disso, em 22/06/2016 (nova DER), João formulou novo requerimento administrativo e o INSS, desta segunda vez, concedeu o benefício. Obs: lembre que, na primeira vez, João disse que faltavam quatro anos de tempo de contribuição.

O INSS fixou a DIB (data de início do benefício) no dia dessa segunda DER (22/06/2016).

O valor da aposentadoria foi fixado pelo INSS em R\$2.400,00.

Condenação do INSS em juízo

João ficou recebendo a aposentadoria concedida pelo INSS.

Aí veio um fato novo: o processo judicial chegou ao fim e o INSS foi condenado. O Poder Judiciário disse que a autarquia previdenciária errou e que deveria ter concedido o benefício requerido em 22/05/2012 porque havia sim provas dos quatro anos que ele trabalhou na Varig.

O valor da aposentadoria foi fixado pela Justiça em R\$2.100,00.

O Poder Judiciário determinou ainda que o INSS pagasse os valores das prestações atrasadas, retroativamente, desde 22/05/2012 (primeira DER).

João pode escolher continuar recebendo a aposentadoria fixada em R\$ 2.400,00 mesmo havendo condenação judicial posterior determinando a aposentadoria de R\$ 2.100,00?

SIM. Ele poderá optar pela mais vantajosa. Em nosso exemplo, ele pode optar por aquela concedida administrativamente pelo INSS (R\$ 2.400,00) porque, no caso concreto, ela se mostrou mais vantajosa do que aquela estipulada judicialmente (R\$ 2.100,00).

O segurado tem direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.767.789-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1018) (Info 740).

A controvérsia jurídica, contudo, ainda não terminou:

O valor da aposentadoria concedida judicialmente é menor (R\$ 2.100,00). No entanto, a sentença tem uma grande vantagem para o segurado: ela determinou o pagamento retroativo das parcelas desde 22/05/2012. Vamos comparar os benefícios:

Aposentadoria concedida administrativamente:

Valor: R\$ 2.400,00

Retroativos: desde 22/06/2016.

Aposentadoria concedida judicialmente:

Valor: R\$ 2.100,00

Retroativos: desde 22/05/2012.

João poderá escolher o valor da aposentadoria concedida administrativamente mas executar (cobrar) as parcelas retroativas fixadas judicialmente?

SIM.

Em cumprimento de sentença, o segurado possui o direito à manutenção do benefício previdenciário concedido administrativamente no curso da ação judicial e, concomitantemente, à execução das parcelas do benefício reconhecido na via judicial, limitadas à data de implantação daquele conferido na via administrativa.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.767.789-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1018) (Info 740).

Isso significa que:

- João ficará recebendo, todos os meses, aposentadoria no valor de R\$ 2.400,00;
- ele terá direito de receber os valores atrasados do período de 22/05/2012 (data da DIB reconhecida judicialmente) até 22/05/2016 (data da implantação do benefício na via administrativa).

O segurado que tenha acionado o Poder Judiciário em busca do reconhecimento do seu direito à concessão de benefício previdenciário faz jus a executar os valores decorrentes da respectiva condenação, ainda que, no curso da ação, o INSS tenha lhe concedido benefício mais vantajoso.

Vale ressaltar, ainda, que permanece o seu interesse em receber as parcelas relativas ao período compreendido entre o termo inicial fixado em juízo e a data em que o INSS procedeu à efetiva implantação do benefício deferido administrativamente, o que não configura hipótese de desaposestação.

DIREITO INTERNACIONAL

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

**Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação
a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição**

Importante!!!

ODS 16 E 17

A imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não alcança atos de império ofensivos ao direito internacional da pessoa humana praticados no território brasileiro, tais como aqueles que resultem na morte de civis em período de guerra.

Tese fixada pelo STF: “Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição”.

STF. Plenário. ARE 954858/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 944) (Info 1026).

STJ. 4ª Turma. RO 109-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

O caso concreto foi o seguinte:

Em julho de 1943, durante a II Guerra Mundial, o barco pesqueiro Changri-lá afundou após ataque pelo submarino alemão U-199, no mar territorial brasileiro, nas proximidades da Costa de Cabo Frio.

Os netos de um dos tripulantes ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais contra a República Federal da Alemanha.

Onde essa ação foi proposta?

Na Justiça Federal de 1ª instância da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Isso com fundamento no art. 109, II, da CF/88:

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

(...)

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

Sentença

O juiz federal extinguiu o processo sem resolução do mérito alegando a impossibilidade jurídica de pedido, tendo em vista que não seria permitida a responsabilidade civil de um país estrangeiro por ato de guerra.

A decisão do magistrado está de acordo com a atual jurisprudência do STF e do STF sobre o tema?

NÃO. Em 2021, o STF, em precedente inédito e extremamente relevante, decidiu que:

A imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não alcança atos de império ofensivos ao direito internacional da pessoa humana praticados no território brasileiro, tais como aqueles que resultem na morte de civis em período de guerra.

STF. Plenário. ARE 954858/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 944) (Info 1026).

Vamos entender com calma os principais pontos da decisão.

Imunidade de jurisdição

Imunidade de jurisdição é a impossibilidade de que Estados estrangeiros, organizações internacionais e órgãos de Estados estrangeiros sejam julgados por outros Estados contra a sua vontade (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 207).

No Brasil, a matéria é regida pelo Direito costumeiro, tendo em vista que o país ainda não se vinculou à Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados ou a tratado congênere.

Teorias sobre a imunidade de jurisdição

a) Teoria da imunidade absoluta (“iguais não podem julgar iguais”)

Para esta teoria, o Estado estrangeiro goza de imunidade total e absoluta, somente podendo ser julgado por outro Estado caso renuncie a imunidade.

O Estado estrangeiro não poderia ser julgado pelas autoridades de outro Estado contra a sua vontade porque não haveria superioridade de um Estado sobre o outro. Logo, o Estado somente poderia se submeter ao julgamento de outro se consentisse com isso. Baseia-se no princípio de que “iguais não podem julgar iguais” (*par in parem non habet jurisdictionem*).

b) Teoria da imunidade relativa, limitada ou restrita (atos de império e atos de gestão)

Com o passar dos anos, as relações entre os Estados, principalmente comerciais, foram se tornando mais frequentes e intensas. Esse fato fez com que a teoria clássica, acima exposta, passasse a ser questionada. Diante disso, foi idealizada a chamada teoria dos atos de império e atos de gestão, que preconiza, em síntese, o seguinte:

Atos de império (<i>acta jure imperii</i>)	Atos de gestão (<i>acta jure gestionis ou jure privatorum</i>)
Atos que o Estado pratica no exercício de sua soberania.	Atos que o Estado pratica como se fosse um particular. Não têm relação direta com sua soberania.
Exs: negativa de visto, negativa de asilo político.	Ex: contrato de luz/água, contrato de compra e venda, contratação de empregados, acidente de veículo.
Quando o Estado estrangeiro pratica atos de império, ele desfruta de imunidade de jurisdição.	Quando o Estado estrangeiro pratica atos de gestão, ele NÃO goza de imunidade de jurisdição.

Esta é a teoria que prevalece atualmente na jurisprudência, conforme explicou o Min. Edson Fachin:

A promulgação da Constituição da República de 1988 representou marco na alteração da jurisprudência do STF de modo a abarcar a divisão de feitos do Estado soberano em atos de gestão e de império, sendo os primeiros passíveis de cognoscibilidade pelo Poder Judiciário brasileiro.

Superou-se, assim, a máxima do *par in parem non habet iudicium*, que remonta à formação dos Estados Modernos, vedando o julgamento de iguais por iguais, e se passou a relativizar, numa compreensão cosmopolita mais adequada ao presente, a imunidade a partir da distinção entre atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (*acta jure gestionis ou jure privatorum*), atribuindo-se imunidade apenas àqueles, por derivarem diretamente da soberania.

De todo modo, a imunidade executória remanesceu absoluta em todos os atos do Estado soberano em território estrangeiro, à luz da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas (Dec. 56.435/1965).

Distinção existente no caso concreto: ilicitude do ato e ofensa aos direitos humanos

No caso concreto, o Min. Relator Edson Fachin propôs o reconhecimento da **derrotabilidade** da regra imunizante de jurisdição em relação a atos de império praticados por Estado soberano e que representem “atos ofensivos ao direito internacional da pessoa humana praticados no território brasileiro, tais como aqueles que resultem na morte de civis em período de guerra”.

A frase pode parecer confusa, mas ficará bem clara.

Inicialmente, vale a pena esclarecer em que consiste a expressão “derrotabilidade”:

“A derrotabilidade das normas é fenômeno relacionado à não aplicação, total ou parcial, de certa norma jurídica, apesar de exteriorizados os pressupostos a partir dos quais se deveria aplicá-la em condições ‘normais’.

(...)

Num breve resumo, a teoria da derrotabilidade normativa parte da premissa segundo a qual as normas jurídicas se baseiam em raciocínios cujas justificativas podem ser ‘derrotadas’ diante da exteriorização de circunstâncias anormais e que não foram consideradas na formulação normativa.

(...)

A ‘derrotabilidade’ tem a ver com os raciocínios lógicos que, diante da ocorrência de situações não consideradas, superam as conclusões anteriormente obtidas.

(...)

Como sintetizado por ANDRÉ RUFINO, afirmar ‘que uma norma jurídica é ‘derrotável’ equivale a dizer que ela está sujeita a exceções (implícitas) que não podem ser exaustivamente identificadas previamente, de forma que não é possível antecipar quais as circunstâncias que serão determinantes e suficientes para sua aplicação” (2009, p. 117). (...)” (BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo I. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 269-272).

Veja como o tema já foi cobrado em prova:

☑ (Analista TRE/PI 2016 CEBRASPE) A derrotabilidade de uma norma constitucional ocorrerá caso uma norma Jurídica deixe de ser aplicada em determinado caso concreto, permanecendo, contudo, no ordenamento jurídico para regular outras relações jurídicas. (certo).

Assim, o Min. Fachin afirmou que, embora, em regra, existe imunidade de jurisdição no caso de atos de império praticados por Estado estrangeiro, existe uma espécie de “exceção”: os atos que impliquem violação a direitos humanos. Desse modo, os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição.

Caracterização do ato praticado como violador de direitos humanos

Em julho de 1943, quando o navio pesqueiro “Changri-lá” foi afundado, o Brasil participava oficialmente da Segunda Guerra Mundial, atuando contra os alemães. Assim, a resposta tradicional a ser dada seria afirmar que esse ato da Alemanha não poderia se submeter à jurisdição brasileira por se tratar – aparentemente – de um ato de império.

No entanto, há algumas ponderações a serem feitas em relação a essa conclusão.

O ato praticado pela Alemanha, ainda que num contexto de guerra, deve ser considerado ilegítimo.

O fato ocorreu durante a Segunda Guerra. Logo, ele deve ser analisado segundo as regras e os costumes internacionais que regem os conflitos armados, ou seja, de acordo com o direito internacional humanitário.

Naquele período (1943), já se encontrava em vigor o regime instituído pela Convenção da Haia, de 1907, que conferiu especial proteção, durante a guerra, a pessoas que não são combatentes.

“A existência e a liberdade dos habitantes pacíficos do território inimigo devem ser respeitadas. Assim, os habitantes que não tomam parte na luta e se mostram inofensivos não devem sofrer qualquer arbitrariedade.” (ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 457).

Desse modo, o ato praticado pelo submarino alemão contra o navio pesqueiro, que ocasionou a morte de cidadãos brasileiros não combatentes, representou violação aos princípios gerais do direito internacional humanitário.

Ademais, existem regras específicas de proteção dos barcos de pesca em casos de conflitos marítimos. Tais regras, que são normas de direitos humanos, também foram violadas.

O próprio Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, em seu artigo 6, “b”, reconhece como “crimes de guerra” as violações das leis e costumes de guerra, entre as quais, o assassinato de civis, inclusive aqueles em alto mar.

O ato praticado viola, por fim, o direito humano à vida, incluído no artigo 6 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos nos seguintes termos: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

Exclusão da imunidade estatal por ato ilícito violador dos direitos humanos

Estabelecida, portanto, a premissa de que o ato praticado foi violador dos direitos humanos, cabe agora analisar se ele é protegido, ou não, pela imunidade da jurisdição estatal.

Vale ressaltar que a imunidade de jurisdição não é uma regra absoluta, tanto que a própria Alemanha já aderiu a Tratados em que renunciou a sua imunidade.

Negar o direito dos familiares de que eles busquem a indenização ou exigir que procurem a jurisdição estrangeira é reservar-lhe a anomia, o não-direito, o “estado de exceção”.

A imunidade estatal, neste caso, instaura essa zona de indiferença do Direito dentro do próprio Direito.

Os direitos humanos – à vida, à verdade e ao acesso à justiça –, tal como determina o art. 4º, V, da Constituição, são preponderantes. Assim, os seres humanos devem preponderar em relação à soberania dos Estados. Nesse sentido, a própria Constituição Federal afirma que, nas relações internacionais que o Brasil mantiver, deverá ser dada a prevalência aos direitos humanos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

Tese fixada pelo STF:

Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição.

STF. Plenário. ARE 954858/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/8/2021 (Repercussão Geral – Tema 944) (Info 1026).

STJ teve que mudar seu entendimento e acompanhar o STF

O STJ perfilhava o entendimento de que a República Federal da Alemanha não se submetia à jurisdição nacional para responder à ação de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de ofensiva militar realizada durante a Segunda Guerra Mundial, em razão de a imunidade *acta iure imperii* revestir-se de caráter absoluto (RO 60/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 09/12/2015, DJe 19/02/2016).

Ocorre que, diante da decisão do STF, o STJ foi obrigado a superar seu antigo posicionamento. Houve, portanto, um *overruling* e o atual entendimento do STJ é o seguinte:

Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição.

STJ. 4ª Turma. RO 109-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07/06/2022 (Info 740).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É devida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida. ()
- 2) O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, possui responsabilidade subjetiva pela conduta omissiva. ()
- 3) A apresentação de resultado negativo em exame toxicológico de larga janela de detecção é obrigatória para a habilitação e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, nos termos do art. 148-A da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). ()
- 4) A negociação do passe de um atleta de futebol específico é uma obrigação de natureza infungível e de execução específica, não podendo ser utilizada para compensação privada de créditos em operações de câmbio. ()
- 5) É válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII, do art. 3º da Lei nº 8.009/90. ()
- 6) O rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo. ()
- 7) A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol. ()
- 8) A homologação do plano de recuperação judicial não impede a rediscussão do débito, em ação revisional de contrato, relativa à mesma dívida, já habilitada e homologada, e a respeito do qual não houve impugnação. ()
- 9) A prerrogativa de prazo em dobro para as manifestações processuais não se aplica aos escritórios de prática jurídica de instituições privadas de ensino superior. ()
- 10) O bloqueio de ativos financeiros do executado via sistema BACENJUD, em caso de concessão de parcelamento fiscal, seguirá a seguinte orientação: (i) será levantado o bloqueio se a concessão é anterior à constrição; e (ii) fica mantido o bloqueio se a concessão ocorre em momento posterior à constrição, ressalvada, nessa hipótese, a possibilidade excepcional de substituição da penhora online por fiança bancária ou seguro garantia, diante das peculiaridades do caso concreto, mediante comprovação irrefutável, a cargo do executado, da necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade. ()
- 11) Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). ()
- 12) É hipótese de crime permanente, a conduta tipificada no art. 2º da Lei nº 8.176/91, na modalidade de usuração por exploração de matérias-primas pertencentes à União, enquanto verificada a prática de múltiplas condutas visando a extração do bem mineral, sem evidência de que o agente ativo intencionalmente cessou a atividade extrativa. ()
- 13) A hipótese excepcional do art. 256 do CPP somente pode ser reconhecida se o magistrado ou o Tribunal, atendendo a elevado ônus argumentativo, demonstrar de maneira inequívoca que o excipiente provocou dolosamente a suspeição. ()
- 14) O segurado tem direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso. ()
- 15) Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição. ()

Gabarito

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