

Informativo comentado: Informativo 786-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

DEFENSORIA PÚBLICA

- *É assegurado o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, independentemente do ente público com que litiga.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA (LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA)

- *Em regra, não cabe indenização em favor dos proprietários dos imóveis abrangidos por ato administrativo que institua limitação administrativa, a não ser que comprovem efetivo prejuízo, ou limitação além das já existentes.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROCESSO COLETIVO

- *Não cabe condenação em danos morais coletivos em razão da exigência, pela instituição financeira, de tarifa bancária considerada indevida.*

DIREITO PENAL

DOSIMETRIA DA PENA

- *É idônea a mensuração da repercussão internacional do delito na majoração da pena-base pelas consequências do crime.*

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

- *Não incide a regra a continuidade delitiva específica nos crimes de estupro praticados com violência presumida.*

LEI MARIA DA PENHA

- *A alteração promovida pela Lei 14.550/2023 não provocou qualquer modificação quanto à natureza cautelar penal das medidas protetivas previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006, apenas previu uma fase pré-cautelar.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TRIBUNAL DO JÚRI

- *A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não impede que o magistrado avalie a pertinência da produção da prova.*
- *A má formulação de quesito, com imputações não admitidas na pronúncia, causa nulidade absoluta e justifica exceção à regra da impugnação imediata, afastando-se a preclusão.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

- *Assim como ocorre com as contribuições normais, as contribuições extraordinárias pagas pelo participante para a previdência privada também podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda.*
- *O Fisco não pode promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela empresa com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas e mediante o emprego de empresa-veículo.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

DEFENSORIA PÚBLICA

É assegurado o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, independentemente do ente público com que litiga

ODS 16

O STF, por ocasião do julgamento do RE 1.140.005/RJ, ao considerar a autonomia administrativa, funcional e financeira atribuída à Defensoria Pública, concluiu pela ausência de vínculo de subordinação ao poder executivo, e consequente superação do argumento de confusão patrimonial, definindo tese que assegura o pagamento de honorários sucumbenciais à instituição, independentemente do ente público litigante, os quais devem ser destinados, exclusivamente, ao aparelhamento das Defensorias Públicas, sendo vedado o rateio dos valores entre os membros (Tema 1.002/STF).

Cabível, portanto, a condenação do ente federado ao pagamento de verba sucumbencial à Defensoria Pública.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.089.489-GO, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João deseja ingressar com uma ação de reparação de danos contra a União.

Como não possui condições de contratar um advogado, procurou os serviços da Defensoria Pública da União.

Assim, João, com a assistência jurídica de um Defensor Público Federal, ajuizou ação de indenização contra a União.

O Juiz Federal julgou procedente o pedido e condenou a União a pagar indenização a João no valor de R\$ 100 mil.

O magistrado deverá condenar a União a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública? Se a DPU está patrocinando uma causa contra a União (ou contra entidades federais) e o Poder Público é sucumbente, deverá pagar honorários advocatícios para a Defensoria Pública?

É sobre isso que trata o julgado. No entanto, é importante que caminhemos por partes:

LC 80/90

A Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) prevê que são devidos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública mesmo que a parte sucumbente seja um ente público. Confira:

Art. 4º (...)

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela LC 132/2009).

Posição do STJ

Apesar disso, o STJ, em 03/03/2010, entendeu que não seriam devidos honorários advocatícios e editou um enunciado espelhando essa posição:

Súmula 421-STJ: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

Exemplos de aplicação da súmula:

Ex1: João, assistido pela DPU, ingressa com ação contra a União. Mesmo sendo o pedido julgado procedente, a União não seria condenada a pagar honorários advocatícios porque a DPU “pertence” à União (pessoa jurídica de direito público).

Ex2: Pedro, assistido pela DPE/AM, ajuíza ação contra o Estado do Amazonas, que é julgada procedente. A DPE/AM, por “pertencer” ao Estado do Amazonas (pessoa jurídica de direito público) não teria direito aos honorários.

Argumento do STJ para a súmula 421: suposta “confusão”

A justificativa para o STJ editar essa súmula foi a de que se a Fazenda Pública fosse condenada a pagar honorários em favor da Defensoria Pública ela estaria pagando um valor que seria para ela mesma. Isso porque o orçamento da Defensoria Pública é oriundo do ente público. Assim, se a União fosse condenada a pagar honorários para a DPU haveria aquilo que, no Direito Civil, chamamos de confusão (art. 381 do Código Civil), já que os recursos da DPU vêm do Governo Federal.

A confusão ocorre quando, na mesma obrigação, se reúne numa única pessoa a qualidade de credor e devedor. Ex: falece o credor, deixando como único herdeiro o seu próprio devedor. O instituto está previsto no Código Civil nos seguintes termos:

Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

Confira um dos precedentes que deu origem à súmula:

(...) Segundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor.

2. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação.

3. Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.

4. A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC e à Resolução nº 8/2008-STJ.

STJ. Corte Especial. REsp 1108013/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 03/06/2009.

Por outro lado, mesmo de acordo com o STJ, a Defensoria Pública teria direito aos honorários caso a ação tivesse sido proposta contra o Município, por exemplo. Isso porque a Defensoria Pública não integra a mesma pessoa jurídica do Município.

O STF concorda com esse entendimento?

NÃO. O STF entende que:

É devido o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra.

STF. Plenário. RE 1.140.005/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/6/2023 (Repercussão Geral – Tema 1002) (Info 1100).

ECs 45/2004, 74/2013 e 80/2014

A concepção exposta na Súmula 421 do STJ parte da premissa de que a Defensoria Pública seria um órgão subordinado do Estado ou da União, sem qualquer autonomia.

Assim, parte-se do pressuposto de que os recursos da Defensoria seriam verbas do Estado ou da União que apenas decide repassá-las ou não à Instituição, tal qual fosse uma “Secretaria” ou “Ministério”. Isso, contudo, não é verdade.

A EC 45/2004 incluiu o § 2º ao art. 134 conferindo autonomia para as Defensorias Públicas Estaduais. Veja o dispositivo que foi acrescentado:

Art. 134 (...)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Essa autonomia já foi reconhecida pelo STF inúmeras vezes, como no exemplo abaixo:

(...) I – A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º).

II – Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. (...)

STF. Plenário. ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 07/03/2012.

Se você reparar bem, no entanto, verá que o § 2º somente fala em Defensorias Públicas Estaduais. A Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal não foram contempladas, de modo que, mesmo após a EC 45/2004, continuaram subordinadas ao Poder Executivo.

Essa injustificável distorção foi corrigida com a EC 74/2013, que incluiu o § 3º ao art. 134 da CF/88 com a seguinte redação:

Art. 134 (...)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

Dessa forma, a EC 74/2013 conferiu, de forma indiscutível, autonomia à DPPF e à DPU.

A EC 80/2014 reforçou ainda mais a autonomia da Instituição.

A EC 80/2014 estendeu às Defensorias Públicas as garantias da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, asseguradas à magistratura (art. 93, CF), assim como a competência para propor ao Poder Legislativo alterações na estrutura da instituição (art. 96, II, CF/88):

Art. 134. (...)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Para concretizar essa autonomia, o art. 168 da Constituição, também alterado pela EC nº 45/2004, assegura que “os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos (...)”.

Assim, ainda que a Constituição não tenha atribuído, de forma expressa, autonomia financeira à Defensoria, assegurou as duas prerrogativas que materializam essa autonomia: o poder de elaborar a própria proposta orçamentária, atendidos os limites previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, e o direito de receber do Estado os recursos correspondentes às dotações orçamentárias aprovadas até o dia 20 (vinte) de cada mês, sem possibilidade de contingenciamento de verbas pelo Poder Executivo.

Assim, as reformas trazidas pelas EC 45/2004, 74/2013 e 80/2014 atribuíram autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias dos estados e da União.

Portanto, no contexto atual, as Defensorias Públicas são consideradas órgãos constitucionais independentes, sem subordinação ao Poder Executivo.

Como deixaram de ser vistas como órgãos auxiliares do governo, que integram e vinculam-se à estrutura administrativa do estado-membro, encontra-se superado o argumento de violação do instituto da confusão (art. 381 do CC).

Diante disso, atualmente é pacífico o entendimento de que a Defensoria Pública não pode ser considerada como um mero órgão da Administração Direta. A Defensoria Pública goza de autonomia funcional, administrativa e orçamentária (art. 134, § 2º, da CF/88), o que a faz ter o status de órgão autônomo.

Como órgão autônomo, o repasse dos recursos destinados à Defensoria Pública, assim como ocorre com o Judiciário, com o Legislativo e com o Ministério Público, é uma imposição constitucional, devendo ser efetuada sob a forma de duodécimos, até o dia 20 de cada mês, conforme previsto no art. 168 da CF/88. Nesse sentido decidiu o STF:

(...) 1. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, bem como a prerrogativa de formulação de sua própria proposta orçamentária (art. 134, § 2º, da CRFB/88), por força da Constituição da República, após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

2. O repasse dos recursos correspondentes destinados à Defensoria Pública, ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo e ao Ministério Público sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CRFB/88) é imposição constitucional; atuando o Executivo apenas como órgão arrecadador dos recursos orçamentários, os quais, todavia, a ele não pertencem.

3. O repasse dos duodécimos das verbas orçamentárias destinadas ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando retidos pelo Governado do Estado constitui prática indevida em flagrante violação aos preceitos fundamentais esculpidos na CRFB/88. (...)

STF. Plenário. ADPF 339, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/05/2016.

Assim, a Defensoria Pública possui orçamento próprio e autonomia para geri-lo. Dentro desse contexto, revela-se incabível falar que existe confusão quando o Poder Público é condenado a pagar honorários em favor da Instituição considerando que os recursos da Defensoria Pública não se confundem com o do ente federativo.

Decisão do STF na AR 1937

Apesar de existirem inúmeras decisões do STF reconhecendo a autonomia da Defensoria Pública, faltava analisar, de forma específica a questão dos honorários de acordo com as emendas constitucionais acima mencionadas. Isso aconteceu inicialmente em 2017 no julgamento da AR 1937 AgR.

O STF decidiu que é possível sim a condenação da União a pagar honorários advocatícios em favor da DPU, não havendo, no caso, confusão em virtude da autonomia conferida à Instituição pelas emendas constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014.

Veja as palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes na época:

“Percebe-se, portanto, que, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida (...)”

Confira a ementa do julgado:

Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão. Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão

agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa.

STF. Plenário. AR 1937 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017, Acórdão Eletrônico DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017.

Importante esclarecer que o valor dos honorários não é repassado para os Defensores Públicos, sendo repassado para um Fundo destinado, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores. É o que prevê a LC 80/2014:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:

(...)

III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;

Art. 91. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é vedado:

(...)

III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;

Art. 130. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública dos Estados é vedado:

(...)

III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;

Tema 1.002

Agora em 2023, o STF confirmou esse entendimento ao julgar o Tema 1.002 de repercussão geral:

Em razão da autonomia e da relevância institucional das Defensorias Públicas, é constitucional o recebimento de honorários sucumbenciais quando estas representarem o litigante vencedor em demanda ajuizada contra qualquer ente público, ainda que o litígio se dê contra o ente federativo que integram.

As reformas trazidas pelas EC 45/2004, 74/2013 e 80/2014 atribuíram autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias dos estados e da União. Portanto, no contexto atual, as Defensorias Públicas são consideradas órgãos constitucionais independentes, sem subordinação ao Poder Executivo. Como deixaram de ser vistas como órgãos auxiliares do governo, que integram e vinculam-se à estrutura administrativa do estado-membro, encontra-se superado o argumento de violação do instituto da confusão (art. 381 do Código Civil).

Vale ressaltar, contudo, que é vedado o rateio, entre os membros da Defensoria Pública, do valor recebido a título de verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação judicial. Essa quantia deve ser destinada, exclusivamente, para a estruturação das unidades dessa instituição, com vistas ao incremento da qualidade do atendimento à população carente e à garantia da efetividade do acesso à Justiça.

STF. Plenário. RE 1.140.005/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/06/2023 (Repercussão Geral – Tema 1.002) (Info 1100).

Aparelhamento da instituição e desestímulo à litigiosidade infundada

Além da justificativa constitucional para o pagamento de honorários sucumbenciais às defensorias, a possibilidade de imposição do pagamento de honorários ao Estado-membro encontra também justificativas do ponto de vista pragmático: os honorários devem servir ao aparelhamento dessas instituições e como desestímulo à litigiosidade excessiva.

A atual estrutura da Defensoria Pública, apesar dos progressos, continua insuficiente para atender todas as comarcas e unidades jurisdicionais do país, o que compromete diretamente o acesso à justiça da parte mais pobre da população.

Como vimos acima, o art. 4º, XXI, da LC nº 80/94 garante à Defensoria o recebimento e a execução das verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Com isso, fica claramente demonstrado que o recebimento de honorários pela Defensoria não corresponde a uma pauta corporativista. Isso porque tais recursos, em vez de serem rateados entre os defensores, estão voltados para a melhor formação dos membros da Defensoria Pública e para a estruturação de suas unidades, contribuindo para o incremento da qualidade do atendimento à população carente, de forma a garantir a efetividade do acesso à justiça.

Por outro lado, a possibilidade de imposição de honorários em favor da Defensoria Pública atua, também, como estímulo à autocomposição de conflitos, desincentivando a oposição de resistência injustificada por parte daquele ente público que é legitimamente demandado.

A ausência de condenação do Estado ao pagamento de honorários de sucumbência à Defensoria Pública pode atuar como estímulo à interposição de recursos inviáveis e protelatórios pelo ente público, prolongando em demasia o processo e a solução do conflito de interesses. A eventual condenação em honorários deve servir como estímulo à resolução administrativa dos conflitos, em especial por meio da criação de câmaras de conciliação e mediação de conflitos individuais entre o Estado e a Defensoria Pública.

Com efeito, o excesso de litigiosidade traz como consequências negativas não apenas os gastos financeiros, relativos ao custo da máquina judiciária, mas também uma piora nos serviços prestados por todo o sistema de justiça, acarretando congestionamento nos juízos e tribunais e perda de qualidade na prestação jurisdicional, comprometendo o próprio acesso à Justiça.

No caso das demandas patrocinadas pela Defensoria, essa sobrecarga penaliza os grupos sociais mais vulneráveis da população, que demandam da atuação dessa instituição para a efetivação de seus direitos fundamentais mais básicos.

Foram fixadas as seguintes teses:

1. É devido o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra;
2. O valor recebido a título de honorários sucumbenciais deve ser destinado, exclusivamente, ao aparelhamento das Defensorias Públicas, vedado o seu rateio entre os membros da instituição.

STF. Plenário. RE 1.140.005/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/06/2023 (Repercussão Geral – Tema 1.002) (Info 1100).

O que o STJ decidiu após esse pronunciamento do STF?

O STJ acompanhou o entendimento do STF:

É assegurado o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, independentemente do ente público com que litiga.

O STF, ao considerar a autonomia administrativa, funcional e financeira atribuída à Defensoria Pública, concluiu pela ausência de subordinação ao poder executivo, e consequente superação do argumento de confusão patrimonial. Portanto, é assegurado o pagamento de honorários sucumbenciais à instituição, quando represente a parte vencedora, independentemente do ente público litigante.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.089.489-GO, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

E a Súmula 421 do STJ?

Como a matéria possui natureza constitucional – análise da autonomia da Defensoria Pública com base no art. 134 da CF/88 – pode-se concluir que o entendimento manifestado na Súmula 421 está superado e que o enunciado será provavelmente cancelado formalmente em breve.

DIREITO ADMINISTRATIVO

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA (LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA)

Em regra, não cabe indenização em favor dos proprietários dos imóveis abrangidos por ato administrativo que institua limitação administrativa, a não ser que comprovem efetivo prejuízo, ou limitação além das já existentes

ODS 16 E 17

Caso hipotético: João recebeu como herança dezenas de lotes de terra. Ele começou a comercializar esses lotes. Ocorre que foi editado o plano diretor municipal que instituiu, na área onde se localizam os lotes, uma zona de proteção ambiental, o que restringiu o uso e a ocupação do solo. Foi realizada perícia que atestou que, em razão das limitações administrativas, os lotes perderam substancialmente valor econômico.

A indenização será devida. Isso porque as provas dos autos, notadamente o laudo pericial, atestaram que houve efetivo prejuízo.

STJ. 2ª Turma. AREsp 551.389-RN, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 5/8/2023 (Info 786).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João recebeu como herança dezenas de lotes de terra.

Ele começou a comercializar esses lotes.

Ocorre que foi editado o plano diretor municipal que instituiu, na área onde se localizam os lotes, uma zona de proteção ambiental, o que restringiu o uso e a ocupação do solo.

Diante desse cenário, João ajuizou ação de indenização contra o Município pedindo a reparação dos danos materiais causados pelas limitações administrativas incidentes sobre os terrenos de sua propriedade.

Requeru a condenação do Município ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados pelas restrições de uso e ocupação dos terrenos.

Foi realizada perícia que atestou que, em razão das limitações administrativas, os lotes perderam substancialmente valor econômico.

O pedido foi julgado procedente, tendo sido o Município condenado a pagar indenização em favor do autor.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença.

Ainda inconformado, o Município interpôs recurso especial alegando que, nos casos de limitações administrativas, de caráter geral e abstrato, não há que se falar em obrigação de indenizar.

O que decidiu o STJ? A condenação do Município foi mantida? Há dever de indenizar neste caso?
SIM.

Em que consistem as chamadas “limitações administrativas”?

Limitação administrativa é...

- uma determinação de caráter geral (é um ato normativo),
- por meio da qual, o Poder Público impõe a proprietários indeterminados
- obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) ou permissivas (tolerar)
- com o objetivo de fazer com que aquela propriedade atenda à sua função social.

Exemplos:

- O plano diretor da cidade impõe que os prédios construídos em determinada área do município devem ter, no máximo, 8 andares.
- A criação de áreas especiais de proteção ambiental pode configurar limitação administrativa (STJ AgRg no AREsp 155302 / RJ).

Principais características

As limitações administrativas, em regra, são:

- a) Atos legislativos ou administrativos de caráter geral (leis, decretos, resoluções etc.);
- b) Definitivas (tendem a ser definitivas, podendo, no entanto, ser revogadas ou alteradas);
- c) Unilaterais (impõem obrigações apenas ao proprietário);
- d) Gratuitas (porque o Estado não precisa pagar indenização aos proprietários);
- e) Intervenções que restringem o caráter absoluto da propriedade.

O proprietário deve ser indenizado por conta das limitações administrativas que incidam sobre sua propriedade?

Em regra, não. Na generalidade dos casos, a limitação administrativa é gratuita.

No entanto, excepcionalmente, a jurisprudência reconhece o direito à indenização quando a limitação administrativa reduzir o valor econômico do bem. Essa é a jurisprudência do STJ:

(...) Sendo imposições de natureza genérica, as limitações administrativas não rendem ensejo a indenização, salvo comprovado prejuízo. (...)

STJ. 2ª Turma. REsp 1233257/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 16/10/2012.

Veja como tema já foi cobrado em prova:

(Juiz TJ/BA 2019 CEBRASPE) O Estado, no exercício do poder de polícia, pode restringir o uso da propriedade particular por meio de obrigações de caráter geral, com base na segurança, na salubridade, na estética, ou em outro fim público, o que, em regra, não é indenizável. Essa forma de exercício do poder de polícia pelo Estado corresponde a

- A) uma servidão administrativa.
 - B) uma ocupação temporária.
 - C) uma requisição.
 - D) uma limitação administrativa.
 - E) um tombamento.
- Letra D

Assim, de acordo com a jurisprudência do STJ:

A indenização pela limitação administrativa advinda da criação de área *non aedificandi*, somente é devida se imposta sobre imóvel urbano e desde que fique demonstrado o prejuízo causado ao proprietário da área.

STJ. 1ª Turma. REsp 750.050/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 7/11/2006.

No caso concreto, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, notadamente do laudo pericial, concluiu que houve efetivo prejuízo. Isso porque a partir do advento da lei municipal, os loteamentos foram enquadrados na zona de proteção ambiental, situação que contribuiu para a desvalorização imobiliária dos lotes, diminuindo-lhes o valor econômico.

Em suma:

Tratando-se de limitação administrativa, em regra, é indevido o pagamento de indenização aos proprietários dos imóveis abrangidos em área delimitada por ato administrativo, a não ser que comprovem efetivo prejuízo, ou limitação além das já existentes.

STJ. 2ª Turma. AREsp 551.389-RN, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 5/8/2023 (Info 786).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROCESSO COLETIVO

Não cabe condenação em danos morais coletivos em razão da exigência, pela instituição financeira, de tarifa bancária considerada indevida

ODS 16

A exigência de uma tarifa bancária considerada indevida não agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, tampouco provoca repulsa e indignação na consciência coletiva, não dando ensejo a danos morais coletivos.

STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1.754.555-RN, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/8/2023 (Info 786).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O Ministério Público estadual ingressou com ação civil pública contra determinado banco pedindo para que a instituição financeira fosse condenada a se abster de cobrar dos seus clientes a Tarifa de Confecção de Cadastro e a Tarifa de Aditamento Contratual.

Segundo argumentou o Parquet, essas tarifas são abusivas porque a sua cobrança não é autorizada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

O MP pediu que a instituição financeira fosse condenada:

- a) a devolver em dobro os valores indevidamente recolhidos dos clientes; e
- b) a pagar danos morais coletivos.

“Tarifa bancária”

É o nome dado para a remuneração cobrada pelas instituições financeiras como contraprestação pelos serviços bancários prestados aos clientes. Ex: caso o cliente solicite do banco o fornecimento de cópia ou de segunda via de algum comprovante ou documento, terá que pagar a tarifa bancária por este serviço.

Quem autoriza ou proíbe que as instituições financeiras cobrem dos usuários tarifas bancárias?

O Conselho Monetário Nacional (CMN).

O Conselho Monetário Nacional (CMN) é um órgão federal, classificado como “órgão superior do Sistema Financeiro Nacional”. Suas competências estão elencadas no art. 4º da Lei nº 4.595/64, sendo ele responsável por formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País (art. 3º da Lei).

O CMN é composto por três autoridades: Ministro da Fazenda (que é o Presidente do Conselho); Ministro do Planejamento; Presidente do Banco Central. As reuniões do CMN acontecem, em regra, uma vez por mês. As matérias são aprovadas por meio de “Resoluções”.

Por que o CMN é quem define as tarifas bancárias que podem ser cobradas? Qual é o fundamento legal para isso?

Essa competência do CMN encontra-se prevista na Lei nº 4.595/64.

A Lei nº 4.595/64 trata sobre as instituições monetárias, bancárias e creditícias, sendo conhecida como “Lei do Sistema Financeiro nacional”.

Vale ressaltar que a Lei nº 4.595/64, apesar de ser formalmente uma lei ordinária, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar. Isso porque o art. 192 da CF/88 preconiza que o sistema financeiro nacional “será regulado por leis complementares”.

Veja o que diz o art. 4º, VI, da Lei nº 4.595/64:

Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil (...)

Assim, é o CMN que define se os bancos podem cobrar ou não pelos serviços oferecidos. A disciplina e os limites impostos pelo CMN são realizados por decisões instrumentalizadas por meio de “resoluções”. Assim, quando o CMN decide proibir que as instituições financeiras cobrem determinada tarifa, ele o faz por meio de uma “resolução”.

Resolução CMN 3.919/2010

Atualmente, a Resolução CMN 3.919/2010 prevê as tarifas que podem ser cobradas pelas instituições financeiras e demais instituições que são fiscalizadas pelo Banco Central.

Voltando ao caso concreto, para o STJ, os pedidos do MP devem ser julgados procedentes?

Em parte.

É abusiva a cobrança da Tarifa de Confecção de Cadastro?

SIM.

O STJ, no julgamento do REsp 1.251.331/RS, decidiu quem após 30.4.2008, é abusiva a cobrança de tarifa para abertura de crédito, independentemente do nome que seja dado. Logo, é abusiva a exigência dessa Tarifa de Confecção de Cadastro. Veja:

(...) 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada

em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. (...)

STJ. 2ª Seção. REsp 1251331/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 28/08/2013.

É abusiva a cobrança da Tarifa de Aditamento Contratual?

NÃO.

Não há óbice à cobrança da Tarifa de Aditamento Contratual. Isso porque ela está prevista no art. 5º, II, da Resolução 3.919/2010, do Conselho Monetário Nacional.

É cabível a condenação do banco por danos morais coletivos em razão de ter cobrado tarifa bancária indevida de seus clientes?

NÃO.

O STJ possui o entendimento consolidado no sentido de que:

A exigência de uma tarifa bancária considerada indevida não infringe valores essenciais da sociedade, tampouco possui os atributos da gravidade e intolerabilidade, configurando a mera infringência à lei ou ao contrato, o que é insuficiente para a caracterização do dano moral coletivo.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.502.967/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/8/2018.

Em suma:

Não cabe condenação em danos morais coletivos em razão da exigência, pela instituição financeira, de tarifa bancária considerada indevida.

STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1.754.555-RN, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/8/2023 (Info 786).

DOD PLUS – NÃO DEIXE QUE CONFUNDAM VOCÊ NA HORA DA PROVA

Banco que tem muitas caixas eletrônicos inoperantes, com falta de numerário nos caixas e muito tempo de espera nas filas é condenado a pagar indenização por danos morais coletivos

A inadequada prestação de serviços bancários, caracterizada pela reiterada existência de caixas eletrônicos inoperantes, sobretudo por falta de numerário, e pelo consequente excesso de espera em filas por tempo superior ao estabelecido em legislação municipal, é apta a caracterizar danos morais coletivos.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.929.288-TO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/02/2022 (Info 726).

Caracterização do dano moral coletivo

O dano moral transindividual - conhecido como “dano moral coletivo” -, caracteriza-se pela prática de conduta antijurídica que, de forma absolutamente injusta e intolerável, viola valores éticos essenciais da sociedade, implicando, em razão disso, um dever de reparação.

O dano moral coletivo tem três objetivos:

- prevenir novas condutas antissociais (função dissuasória);
- punir o comportamento ilícito (função sancionatório-pedagógica); e
- reverter, em favor da comunidade, o eventual proveito patrimonial obtido pelo ofensor (função compensatória indireta).

Dano moral coletivo é classificado como in re ipsa

Essa categoria de dano moral é aferível *in re ipsa*, ou seja, basta que se verifique se, no caso concreto, houve a prática de uma conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole valor ético-jurídico fundamental da sociedade.

É desnecessária a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

DIREITO PENAL

DOSIMETRIA DA PENA

**É idônea a mensuração da repercussão internacional do delito
na majoração da pena-base pelas consequências do crime**

ODS 16

No caso concreto, policiais militares torturam e mataram um morador da favela para obter informações a respeito do armazenamento de armas e drogas. O episódio teve enorme repercussão na imprensa internacional.

O STJ decidiu que, neste caso, seria possível que a pena-base fosse aumentada em virtude da grande repercussão internacional do delito. Essa grande repercussão é uma consequência do crime que desborda do tipo penal. Em outras palavras, não são todos os crimes que geram essa repercussão internacional. Na situação analisada, o crime gerou essa repercussão, razão pela qual pode sim ser enquadrado como consequência negativa para fins de dosimetria da pena.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.082.894/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 22/8/2023 (Info 786).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Em 2013, na comunidade da Rocinha, no Rio de Janeiro/RJ, policiais militares teriam torturado Antônio com o fim de obter informações a respeito do armazenamento de armas e drogas.

As lesões decorrentes desses atos de tortura teriam causado a morte do ofendido.

Na sequência, os policiais teriam ocultado o corpo da vítima e adulterado o local do crime, com o objetivo de forjar uma versão de que a vítima tivesse sido sequestrada e morta por traficantes da região.

Após a conclusão das investigações, o MP/RJ ofereceu denúncia contra os policiais militares.

Ao final da instrução, o juiz proferiu sentença condenatória, que foi confirmada pelo TJ/RJ.

Tanto a defesa como a acusação interpuseram recurso especial.

O Ministério Público narrou que o Tribunal de Justiça, na análise da dosimetria, manteve as penas-base no mínimo legal.

O Parquet argumentou, contudo, que esse episódio teve enorme repercussão internacional, prejudicando a visão que o mundo tem em relação ao Brasil, à nossa segurança pública e à nossa polícia. Isso deveria ser levado em consideração, na 1ª fase da dosimetria da pena (circunstâncias judiciais do art. 59 do CP), para aumentar a pena-base considerando que as consequências do crime foram muito gravosas.

O STJ concordou com esses argumentos do MP?

SIM.

O que o STJ entende sobre essas consequências do crime? Como a jurisprudência encara essa circunstância judicial?

A circunstância judicial referente às consequências do delito procura mensurar o abalo social da conduta, em razão da extensão e da repercussão dos efeitos do delito, principalmente, o grau de alcance do resultado da ação ilícita.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 438.774/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/9/2018.

O vetor 'consequências', no contexto da individualização das penas, deve ser avaliado aferindo-se a repercussão do fato no cotidiano da vítima e no tecido social.

STJ. 6ª Turma. HC 435.215/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29/8/2018.

O crime gerou, de fato, grande repercussão internacional (consequência negativa)

Tendo isso em conta, podemos concluir que a pena-base deve sim ser aumentada em virtude da grande repercussão internacional do delito. Essa grande repercussão é uma consequência do crime que desborda do tipo penal. Em outras palavras, não são todos os crimes que geram essa repercussão internacional. No caso concreto, como esse gerou, isso pode sim ser enquadrado como consequência negativa para fins de dosimetria da pena.

O delito se tornou notório em decorrência da gravidade concreta do fato, que configurou um emblemático episódio de violência policial contra integrante da população preta e periférica do Rio de Janeiro, a provocar abalos sociais não apenas na comunidade local, como também no país e na comunidade internacional.

Em suma:

É idônea a mensuração da repercussão internacional do delito na majoração da pena-base pelas consequências do crime.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.082.894/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 22/8/2023 (Info 786).

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Não incide a regra a continuidade delitiva específica nos crimes de estupro praticados com violência presumida

Importante!!!

ODS 16

De acordo com o parágrafo único do art. 71 do CP:

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

A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do CP) é a violência real. Assim, não é possível aplicar a continuidade delitiva específica para o estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) porque neste crime há uma ficção jurídica de violência, não sendo caso de violência real.

Desse modo, se forem praticados diversos crimes de estupro de vulnerável, será possível aplicar a continuidade delitiva simples (comum), do caput do art. 71 do CP. Não será possível aplicar a continuidade delitiva específica, trazida pelo parágrafo único do art. 71.

STJ. 5ª Turma. AgRg em ARESp 2.165.385/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

Crime continuado (continuidade delitiva)

Ocorre crime continuado quando o agente:

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

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

Exemplo

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

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

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

Previsão legal

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

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

Espécies

Existem três espécies de crime continuado:

- Crime continuado simples (comum)
- Crime continuado qualificado
- Crime continuado específico

| SIMPLES (OU COMUM) | QUALIFICADO | ESPECÍFICO |
|--|--|---|
| Ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes que possuem a mesma pena. | Ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes que possuem penas diferentes. | Ocorre no caso de: <ul style="list-style-type: none"> crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa contra vítimas diferentes |
| Ex: três furtos simples consumados; dois furtos qualificados tentados. | Ex: dois furtos simples consumados e um tentado; um furto qualificado consumado e um tentado. | Ex: José segue duas mulheres que caminhavam juntas e pratica estupro consumado contra uma e estupro tentado contra a outra. |
| Como se calcula a pena: aplica-se a pena de um só dos crimes, exasperada (aumentada) de 1/6 a 2/3. | Como se calcula a pena: aplica-se a pena do crime mais grave, exasperada (aumentada) de 1/6 a 2/3. | Como se calcula a pena: aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, e aumenta até o triplo (3x). Obs.: apesar de não haver previsão legal, a jurisprudência entende que o aumento mínimo é de 1/6. |

| | | |
|---|---|--|
| <p>O critério para o aumento é <i>exclusivamente</i> o número de crimes praticados:</p> <p>2 crimes – aumenta 1/6 3 crimes – aumenta 1/5 4 crimes – aumenta 1/4 5 crimes – aumenta 1/3 6 crimes – aumenta 1/2 7 ou mais – aumenta 2/3</p> | <p>O critério para o aumento é <i>exclusivamente</i> o número de crimes praticados:</p> <p>2 crimes – aumenta 1/6 3 crimes – aumenta 1/5 4 crimes – aumenta 1/4 5 crimes – aumenta 1/3 6 crimes – aumenta 1/2 7 ou mais – aumenta 2/3</p> | <p>A exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos (número de infrações praticadas) e subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime). (STJ. 5ª Turma. HC 305.233/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/10/2015)</p> |
|---|---|--|

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

Art. 71 (...)

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

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

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

Feita essa revisão, imagine a seguinte situação adaptada:

(Obs: alerta de gatilho; temas sensíveis)

De acordo com os autos, L (mãe), por diversas oportunidades, molestou seus três filhos.

Os abusos aconteciam sempre após o banho com as vítimas reunidas.

A acusada introduzia o dedo no ânus dos filhos em caso de desobediência às suas ordens.

Em razão desses fatos, L foi denunciada pelos crimes de estupro de vulnerável em continuidade delitiva.

O Ministério Público requereu que fosse reconhecida a **continuidade delitiva específica**, prevista no parágrafo único do art. 71, para possibilitar um incremento maior na pena (até o triplo):

Crime continuado

Art. 71 (...)

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

O Tribunal de Justiça, contudo, reconheceu a continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71, elevando a pena até o máximo previsto (2/3).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público sustentou que seria cabível, no delito de estupro de vulnerável contra vítimas distintas, o reconhecimento da continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do CP

O STJ deu provimento ao recurso do Ministério Público?

NÃO.

Conforme vimos acima, o crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes que o formam, para fins específicos de aplicação da pena.

Para a sua aplicação, o caput do art. 71 do CP, exige a presença concomitante de três requisitos objetivos:

- a) pluralidade de condutas;
- b) pluralidade de crime da mesma espécie; e
- c) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

No caso da continuidade delitiva específica, descrita no parágrafo único do art. 71, além dos requisitos acima são exigidos também que:

- os crimes praticados sejam dolosos contra vítimas diferentes; e
- cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

No caso, a instância *a quo* não aplicou a regra continuidade delitiva específica sob o argumento de que não foi empregada violência real contra as vítimas.

Ao decidir assim o TJ aplicou a jurisprudência do STJ sobre o tema:

A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) é real, sendo inviável aplicar limites mais gravosos do benefício penal da continuidade delitiva com base, exclusivamente, na ficção jurídica de violência do legislador utilizada para criar o tipo penal de estupro de vulnerável, se efetivamente a conjunção carnal ou ato libidinoso executado contra vulnerável foi desprovido de qualquer violência real.

STJ. 5ª Turma. PET no REsp 1.659.662/CE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 14/5/2021.

Nas hipóteses de crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra do concurso material nem da continuidade delitiva específica.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.602.771/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/10/2017.

Em suma:

Não incide a regra a continuidade delitiva específica nos crimes de estupro praticados com violência presumida.

STJ. 5ª Turma. AgRg em ARES 2.165.385/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

LEI MARIA DA PENHA

A alteração promovida pela Lei 14.550/2023 não provocou qualquer modificação quanto à natureza cautelar penal das medidas protetivas previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006, apenas previu uma fase pré-cautelar

ODS 16

O STJ decidiu que as medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha têm natureza de cautelares penais, devendo ser regidas pelo CPP (REsp 2.009.402-GO, Rel. Acd. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 08/11/2022. Info 756).

Esse entendimento não mudou com a Lei nº 14.550/2023.

A alteração legislativa veio a reforçar que a concessão da medida protetiva, ou seja, o ato inicial, urgente e imediato de se deferir a medida para tutelar a vida e a integridade física e psíquica da vítima, prescinde de qualquer formalidade e repele qualquer obstáculo que possa causar morosidade ou embaraço à efetividade da proteção pretendida.

As medidas protetivas deferidas nos termos do § 5º do art. 19 da Lei nº 11.340/2006 devem ser consideradas como pré-cautelares, pois precedem a uma cautelar propriamente dita, e tem como objetivo a paralisação imediata do ato lesivo praticado ou em vias de ser praticado pelo agressor. Enquanto pré-cautelares, as medidas protetivas podem ser concedidas em caráter de urgência, de forma autônoma e independente de qualquer procedimento, podendo até mesmo ser deferidas pelo próprio delegado ou pelo policial, na hipótese do art. 12-C da Lei nº 11.340/2006.

STJ. 5ª Turma. AgRg em REsp 2.056.542/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

LEI 14.550/2023: ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA

Em 20/4/2023, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 14.550, que alterou a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Trata-se de importante inovação legislativa que versa, basicamente, sobre dois temas:

- 1) dispõe sobre as medidas protetivas de urgência; e
- 2) estabelece que a causa ou a motivação dos atos de violência e a condição do ofensor ou da ofendida não excluem a aplicação da Lei Maria da Penha.

Iremos analisar aqui apenas a primeira mudança (alterações em relação às medidas protetivas de urgência).

“Lei Maria da Penha”

A Lei nº 11.340/2006 (Lei de Violência Doméstica) é conhecida como “Lei Maria da Penha”, em uma homenagem à Sra. Maria da Penha Maia Fernandes que, durante anos, foi vítima de violência doméstica e lutou bastante para a aprovação deste diploma.

A Lei nº 11.340/2006 prevê regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica.

Desse modo, se uma mulher for vítima de violência doméstica e familiar, a apuração deste delito (crime ou contravenção penal) deverá obedecer ao rito da Lei Maria da Penha e, de forma subsidiária, ao CPP e às demais leis processuais penais, naquilo que não for incompatível (art. 13).

Medidas protetivas de urgência

Medidas protetivas de urgência são providências previstas nos arts. 22 a 24 da Lei nº 11.340/2006 e aplicadas para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica.

Natureza jurídica

As medidas protetivas possuem a natureza jurídica de medidas cautelares.

A Lei nº 14.550/2023 trouxe três importantes alterações no que tange às medidas protetivas de urgência (MPU):

1) Requisitos para a concessão das MPU

A Lei nº 14.550/2023 acrescentou o § 4º ao art. 19 da Lei nº 11.340/2006 prevendo que as medidas provisórias de urgência serão concedidas:

- em juízo de cognição sumária;
- a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas.

Com isso, a Lei deixa claro que não são necessários elementos informativos (“provas”) robustos ou aprofundados para a concessão das medidas protetivas de urgência.

O § 4º afirma que o magistrado poderá indeferir as medidas caso entenda que não há risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

Veja a redação do dispositivo:

Art. 19 (...)

§ 4º As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

2) Autonomia das medidas protetiva de urgência em relação a outras providências necessárias à persecução penal

Como o próprio nome revela, o objetivo das medidas protetivas de urgência é a proteção da mulher, ou seja, evitar um risco iminente à sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

Diante desse contexto, o legislador inseriu o § 5º no art. 19 da Lei nº 11.343/2006 a fim de priorizar essa proteção evitando que formalidades pudessem servir de empecilho para a concessão das medidas protetivas:

Art. 19 (...)

§ 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência.

O objetivo desse dispositivo foi o de garantir proteção mais rápida e efetiva às vítimas de violência, sem que seja necessário esperar o processo burocrático de tipificação penal, ajuizamento de ação penal ou cível, a conclusão de inquérito policial ou mesmo o registro de um boletim de ocorrência.

Em outras palavras, essa lei visa reduzir a burocracia e possíveis obstáculos que poderiam impedir ou atrasar a aplicação de medidas protetivas de urgência. Portanto, o foco está em responder prontamente às necessidades de proteção da vítima e priorizar a sua segurança e bem-estar.

A tipificação penal, a abertura de processos e investigações são etapas importantes na responsabilização dos autores da violência, mas podem levar tempo. Durante esse período, a vítima pode estar em risco. Assim, a lei parece querer assegurar que as medidas protetivas possam ser concedidas independentemente dessas etapas, possibilitando um socorro mais imediato a quem necessita.

O dispositivo encontra-se em sintonia com a crescente conscientização sobre a necessidade de se adotar medidas imediatas e eficazes para proteger vítimas de violência, em especial a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

3) Prazo de vigência das medidas protetivas de urgência

As medidas protetivas de urgência possuem o caráter de cautelaridade, isto é, devem vigorar apenas enquanto forem necessárias ao processo e a seus fins (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.769.759/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 14/05/2019).

Sendo assim, as medidas protetivas possuem indiscutivelmente um caráter provisório, ainda que essa provisoriedade não signifique, necessariamente, um prazo previamente definido no tempo, até porque se mostra imprescindível que a proteção à vítima perdure enquanto o risco recair sobre ela, de forma que a mudança ou não no estado das coisas é que definirá a duração da providência emergencial.

Pelo fato de as medidas protetivas terem essa natureza provisória, “a manutenção de toda e qualquer medida protetiva de urgência depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo. São as medidas cautelares situacionais, pois tutelam uma situação

fática de perigo.” (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 3ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 945).

A Lei nº 14.550/2023, atenta a essa realidade, inseriu o § 6º no art. 19 da Lei nº 11.340/2006 prevendo o seguinte:

Art. 19 (...)

§ 6º As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

Se já houve a extinção da punibilidade do autor da violência, as medidas protetivas de urgência deverão ser obrigatoriamente revogadas?

O STJ possui vários julgados afirmando que, se for extinta a punibilidade do autor do fato, não subsistem mais os fatores para a manutenção/concessão de medidas protetivas, sob pena de eternização da restrição de direitos individuais.

Embora a lei penal/processual não preveja um prazo de duração da medida protetiva, não é possível a eternização da restrição a direitos individuais, devendo a questão ser examinada à luz dos princípios da proporcionalidade e da adequação.

Se não há prazo legal para a propositura de ação (normalmente criminal, pela competência ordinária para o processo da violência doméstica), tampouco se pode admitir eterna restrição de direitos por medida temporária e de urgência.

Vale ressaltar, contudo, que a revogação de medidas protetivas de urgência exige a prévia oitiva da vítima para que seja avalie se ainda existe situação de risco à sua integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial.

O direito de alguém de não sofrer violência não é menos valioso do que o direito de alguém de ter liberdade de contato ou aproximação. Na ponderação dos valores não pode ser aniquilado o direito à segurança e à proteção da vítima.

Assim, antes do encerramento da cautelar protetiva, a defesa deve ser ouvida, notadamente para que a situação fática seja devidamente apresentada ao Juízo competente, que diante da relevância da palavra da vítima, verifique a necessidade de prorrogação/concessão das medidas, independente da extinção de punibilidade do autor.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.775.341-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 12/4/2023 (Info 770).

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA CONTINUAM A TER NATUREZA CAUTELAR PENAL

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina foi agredida pelo seu marido João e solicitou medidas protetivas de urgência no plantão judiciário. O juízo plantonista decretou as medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

As partes foram intimadas da decisão ainda no plantão.

Depois de alguns meses, o juiz proferiu sentença na qual ratificou as medidas protetivas concedidas à Regina em desfavor de João. Vale ressaltar que nesta sentença o magistrado não julgou ainda o crime. Somente decidiu acerca das medidas protetivas de urgência.

O acusado não concordou com a decisão e interpôs apelação, apresentando em momento posterior as razões recursais, conforme regramento previsto no CPP (art. 600, §4º):

Art. 600 (...)

§ 4º Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal ad quem onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.

O Tribunal de Justiça não conheceu da apelação.

De acordo com o TJ, o recurso interposto deveria ser processado segundo as regras do CPC, que dispõe em seu art. 1.010, III, que as razões recursais devem acompanhar a petição de interposição:

Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
(...)

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

O TJ argumentou que, se a decisão trata apenas sobre medidas protetivas de urgência, o recurso contra ela é regido pelo CPC porque tais medidas não são necessariamente cautelares de uma ação penal principal. O Tribunal alegou que isso ficou ainda mais evidente depois que a Lei nº 14.550/2023 inseriu os §§ 4º, 5º e 6º no art. 19 da Lei nº 11.340/2006, em especial o § 5º, que demonstrou que as medidas cautelares são autônomas em relação à ação penal:

Art. 19 (...)

§ 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência.

Inconformada, a defesa do acusado interpôs recurso especial alegando que as medidas protetivas de urgência possuem sim natureza penal, sendo obrigatória, portanto, a aplicação do Código de Processo Penal. Logo, a apelação deveria ser conhecida porque seguiu o art. 600, § 4º do CPP.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o STJ já havia decidido recentemente que:

As medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha têm natureza de cautelares penais, não cabendo falar em citação do requerido para apresentar contestação, tampouco a possibilidade de decretação da revelia, nos moldes da lei processual civil.

STJ. 5ª Turma. REsp 2.009.402-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acd. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 08/11/2022 (Info 756).

Esse entendimento não mudou com a Lei nº 14.550/2023

A Lei nº 14.550/2023 incluiu três novos parágrafos ao art. 19 da Lei nº 11.340/2006, relativamente à disciplina das medidas protetivas de urgência.

A alteração legislativa veio a reforçar que a concessão da medida protetiva, ou seja, o ato inicial, urgente e imediato de se deferir a medida para tutelar a vida e a integridade física e psíquica da vítima, prescinde de qualquer formalidade e repele qualquer obstáculo que possa causar morosidade ou embaraço à efetividade da proteção pretendida.

Assim, não se deve perquirir, neste primeiro momento, se há perfeita compatibilidade entre a conduta narrada pela vítima como praticada pelo agressor e alguma figura típica penal. Tampouco se deve exigir o registro de boletim de ocorrência, e menos ainda a existência de inquérito ou de ação cível ou penal. O que se busca é a celeridade da tutela estatal e, com ela, a efetividade da medida protetiva, que cumpre sua finalidade ao impedir a concretização da ameaça, a continuidade da prática ou o agravamento do ato lesivo contra a mulher.

Nesse cenário, as medidas protetivas deferidas nos termos do § 5º do art. 19 da Lei nº 11.340/2006 devem ser consideradas como pré-cautelares, pois precedem a uma cautelar propriamente dita, e tem como objetivo a paralisação imediata do ato lesivo praticado ou em vias de ser praticado pelo agressor. Enquanto pré-cautelares, as medidas protetivas podem ser concedidas em caráter de urgência, de forma autônoma e independente de qualquer procedimento, podendo até mesmo ser deferidas pelo próprio delegado ou pelo policial, na hipótese do art. 12-C da Lei nº 11.340/2006.

As medidas protetivas de urgência não perdem a natureza cautelar, mesmo depois da Lei nº 14.450/2023, mas apenas ganham uma fase pré-cautelar, à luz do art. 19, § 5º, da Lei nº 11.340/2006. Após o momento inicial de cessação do risco imediato, as medidas seguem o procedimento cautelar tal como antes.

Ademais, estão mantidos os aspectos das medidas protetivas de urgência que denotam a sua natureza penal (incisos I, II e III do art. 22):

- o envolvimento de valores fundamentais da vítima (vida, integridade física, psicológica e mental) e do suposto autor (liberdade de ir e vir);
- a possibilidade de decretação de prisão em caso de renitência no descumprimento das medidas protetivas pelo agressor;
- o paralelismo existente entre as medidas protetivas da Lei Maria da Penha e as medidas cautelares penais alternativas à prisão previstas no art. 319, II e III, do CPP.

No caso em análise, as medidas deferidas referem-se à proibição de aproximação da ofendida e das testemunhas e proibição de estabelecer contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas, previstas no art. 22, II e III, da Lei Maria da Penha, todas de cunho penal, de modo que o recurso de apelação defensivo deve ser revisado sob o prisma do Direito Processual Penal.

Portanto, mantém-se a orientação há muito firmada nesta Corte - e reiterada no julgamento do REsp 2.009.402/GO - no sentido de que as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei n. 11.340/2006 são medidas cautelares de natureza criminal, devendo a elas ser aplicado o procedimento previsto no CPP, com aplicação apenas subsidiária do CPC.

Em suma:

A alteração promovida pela Lei nº 14.550/2023 não provocou qualquer modificação quanto à natureza cautelar penal das medidas protetivas previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei nº 11.340/2006, apenas previu uma fase pré-cautelar na disciplina das medidas protetivas de urgência.

STJ. 5ª Turma. AgRg em REsp 2.056.542, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TRIBUNAL DO JÚRI

A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não impede que o magistrado avalie a pertinência da produção da prova

ODS 16

A Constituição prescreve a plenitude de defesa como postulado fundamental do Tribunal do Júri, nos termos de seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”.

O direito à prova é instrumento para o exercício adequado da plenitude de defesa. Todavia, o direito à produção de provas não é absoluto. Ao magistrado é conferida discricionariedade para indeferir, em decisão fundamentada, as provas que reputar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes.

A discricionariedade judicial é balizada pela avaliação dos critérios da objetividade e da pertinência da prova.

Caso concreto: o juiz indeferiu a prova pericial no celular da vítima de homicídio para atestar conversa dela com o réu. O indeferimento foi motivado no fato de que já havia sido feita perícia no celular do acusado, tendo sido comprovada a veracidade da conversa.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 676120/MA, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi denunciado por homicídio doloso praticado contra Regina.

Foi autorizada e realizada perícia no telefone de João para verificar suas conversas com Regina.

O acusado requereu a realização de uma perícia também no celular de Regina.

O magistrado indeferiu o pedido por entender que não havia pertinência nem objetividade na solicitação de nova perícia, uma vez que já teria ocorrido no celular do réu e qualquer conversa entre o acusado e vítima, mesmo apagada, estaria registrada nos dois aparelhos.

Tal prova seria impertinente e especulativa.

A defesa impetrou habeas corpus alegando que a decisão do juiz violou a plenitude de defesa que deve vigorar no Júri.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

NÃO.

A Constituição prescreve a plenitude de defesa como postulado fundamental do Tribunal do Júri, nos termos de seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”.

Não há dúvida de que o direito à prova é instrumento para o exercício adequado da plenitude de defesa. Todavia, o direito à produção de provas não é absoluto. Ao magistrado é conferida discricionariedade para indeferir, em decisão fundamentada, as provas que reputar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes.

A discricionariedade judicial é balizada pela avaliação dos critérios da objetividade e da pertinência da prova. No caso em análise, nada obstante a prova pretendida ter sido, inicialmente, deferida pelo magistrado de primeiro grau, a renovação da perícia no celular da vítima por meio do software da Cellebrite não denota pertinência e objetividade para o deferimento.

A perícia foi devidamente realizada no telefone do acusado. Não parece lógico, portanto, o pedido de exame no celular da vítima para apuração de comunicação com o paciente. Isso porque, necessariamente, qualquer interlocução entre acusado e vítima, mesmo apagada, estaria registrada nos dois aparelhos.

Ademais, não há fundamento constitucional ou legal para que se promova investigação inespecífica no celular da vítima, uma vez que não é papel do Estado procurar provas que se supõe que possam existir sem qualquer delimitação, especialmente, envolvendo cooperação com outros Estados da Federação. A prova deve se destinar a um objetivo certo e delimitado, sob pena, inclusive, de violação da garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, Constituição da República).

Logo, não se pode deferir investigação de conversas da vítima com terceiros com base em mera suposição da existência de informações relevantes. Tal provimento constituiria, por certo, providência especulativa, visto que inexistente qualquer outro elemento de prova, ainda que indiciário, que indique sua pertinência. Frise-se que o critério judicial para o deferimento de provas é mecanismo que visa assegurar a tutela dos direitos e garantias individuais daqueles que são submetidos à jurisdição. Assim, o magistrado deve atenção aos limites constitucionais na produção da prova, de modo que tem o dever de evitar provas impertinentes e que se mostrem meramente especulativas.

Em suma:

A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não impede que o magistrado avalie a pertinência da produção da prova.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 676120/MA, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

TRIBUNAL DO JÚRI

A má formulação de quesito, com imputações não admitidas na pronúncia, causa nulidade absoluta e justifica exceção à regra da impugnação imediata, afastando-se a preclusão

ODS16

No que tange à disciplina das nulidades atinentes à quesitação ofertada aos jurados, as eventuais irregularidades, que caracterizam nulidade relativa, ensejam a sua imediata contestação e a prova do prejuízo para a parte a quem aproveita a nulidade.

Nesse contexto, segundo a dicção do art. 484 do CPP, após formular os quesitos o juiz-presidente os lerá, indagando às partes se têm qualquer objeção a fazer, o que deverá constar obrigatoriamente em ata. E, nos termos do art. 571, VIII, do diploma mencionado, as nulidades deverão ser arguidas, no caso de julgamento em Plenário, tão logo ocorram.

Entretanto, essa não é a hipótese. Isso porque, nas particularidades do caso concreto, a má formulação do quesito de n. 2 deve ser considerada como causa de nulidade absoluta e sua elevada gravidade justifica excepcionar a regra da impugnação imediata, afastando-se a hipótese de preclusão.

O Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso em sentido estrito, para a delimitação da imputação da decisão de pronúncia, determinou a exclusão de parte das condutas atribuídas aos réus.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.062.459-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. para acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Em janeiro de 2013 ocorreu um incêndio na boate Kiss, em Santa Maria (RS), no qual morreram 241 pessoas e 636 sobreviveram com ferimentos.

O Ministério Público denunciou 4 pessoas pela prática de 241 crimes de homicídio qualificado consumado e de 636 crimes de homicídio qualificado tentado, correspondentes ao número de vítimas do incêndio da Boate Kiss.

Os réus foram pronunciados e julgados pelo Tribunal do Júri.

O 2º quesito, em relação aos réus ELISSANDRO e MAURO, foi assim redigido:

“O réu (X) concorreu para a prática do fato, ao determinar a implantação em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável, sem indicação técnica de uso, contratando show musical que sabia incluir exhibições com fogos de artifício de uso externo, além de manter a casa noturna superlotada, sem adequadas condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, e com equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo na boate?”

Em relação aos réus MARCELO e LUCIANO o 2º quesito foi assim redigido:

“O réu (X) concorreu para a prática do fato pois, mesmo conhecendo o local do fato, onde já havia se apresentado, adquiriu e acionou artefato pirotécnico, que sabia ser destinado a uso em ambientes externos, direcionando-o, aceso, para o teto da boate, que distava poucos centímetros do artefato, dando início à queima do revestimento inflamável, bem como ao sair do local sem

alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinha acesso fácil ao sistema de som da boate?”

O 4º quesito, por sua vez, foi redigido da seguinte maneira:

“O réu (x), assim agindo, assumiu o risco de produzir a morte da vítima?”

No momento do julgamento, a defesa não impugnou o quesito nº 2.

Os quatro réus foram condenados.

Os sentenciados interpuseram apelação alegando nulidade do julgamento em razão de defeitos da quesitação formulada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri.

Nas razões de apelação, a defesa reclamou da inclusão, no 2º quesito, de trechos acusatórios já afastados da decisão de pronúncia quando do julgamento do recurso em sentido estrito, de forma que a sua consideração nos questionários feriria o princípio da correlação.

O Tribunal de Justiça anulou a sentença condenatória dos quatro réus, ao declarar diversas nulidades relativas no julgamento pelo Tribunal do Júri relativo aos homicídios.

Dentre elas, anulou o quesito nº 2 porque referia-se a circunstâncias que haviam sido extirpadas no julgamento do recurso em sentido estrito interposto contra a sentença de pronúncia.

Recurso especial

O Ministério Público interpôs recurso especial alegando preclusão da matéria, porque durante o julgamento pelo Tribunal do Júri não houve impugnação concreta e específica dos dois quesitos feitos aos jurados.

Só a impugnação específica de cada um, no tempo processual oportuno, afastaria a preclusão da matéria.

O MP argumentou que o art. 484 do CPP estabelece que “o momento para manifestação acerca de defeitos dos quesitos não é no início da sessão de julgamento, mediante apresentação de manifestação genérica; mas o é logo após lidos os questionários, instante antes de serem feitas as proposições aos juízes naturais da causa”.

Havendo anuência tácita com a forma como redigidos os quesitos (art. 572, III, CPP), existindo ainda participação das defesas no processo de construção dos quesitos (art. 484, CPP), impossível agora se declarar a nulidade do feito, notadamente porque preclusa a questão (art. 571, VIII e art. 572, I, CPP), ainda que se buscasse preservar a autoridade de decisões superiores.

O STJ concordou com o pedido do MP?

NÃO. No que tange à disciplina das nulidades atinentes à quesitação ofertada aos jurados, as eventuais irregularidades que caracterizam nulidade relativa, ensejam a sua imediata contestação e a prova do prejuízo para a parte a quem aproveita a nulidade.

Nesse contexto, segundo a dicção do art. 484 do Código de Processo Penal, após formular os quesitos o juiz-presidente os lerá, indagando às partes se têm qualquer objeção a fazer, o que deverá constar obrigatoriamente em ata. E, nos termos do art. 571, VIII, do diploma mencionado, as nulidades deverão ser arguidas, no caso de julgamento em Plenário, tão logo ocorram.

Entretanto, essa não é a hipótese. Isso porque, nas particularidades do caso concreto, a má formulação do quesito de n. 2 deve ser considerada como causa de nulidade absoluta e sua elevada gravidade justifica excepcionar a regra da impugnação imediata, afastando-se a hipótese de preclusão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do recurso em sentido estrito, para a delimitação da imputação da decisão de pronúncia, determinou a exclusão de parte das condutas atribuídas aos réus.

A inserção nos quesitos de imputações que não foram admitidas no julgamento do recurso em sentido estrito ofende a um só tempo o princípio da correlação entre pronúncia e sentença e, ainda, a hierarquia do julgamento colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Há entendimento do STJ de que as nulidades absolutas, notadamente aquelas capazes de causar perplexidade aos jurados e com evidente violação ao princípio da correlação entre pronúncia e sentença, ensejam a superação do óbice da preclusão.

Em suma:

A má formulação de quesito, com imputações não admitidas na pronúncia, causa nulidade absoluta e justifica exceção à regra da impugnação imediata, afastando-se a preclusão.

STJ. 6ª Turma. REsp 2.062.459-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. para acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMPOSTO DE RENDA

Assim como ocorre com as contribuições normais, as contribuições extraordinárias pagas pelo participante para a previdência privada também podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda

ODS 8 E 16

As contribuições extraordinárias pagas para equacionar o resultado deficitário nos planos de previdência privada podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, observado o limite de 12% do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.890.367-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

Entidades de previdência privada

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

| ABERTAS (EAPC) | FECHADAS (EFPC) |
|--|--|
| As entidades abertas são empresas privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima, que oferecem planos de previdência privada que podem ser contratados por qualquer pessoa física ou jurídica. As entidades abertas normalmente fazem parte do mesmo grupo econômico de um banco ou seguradora. Exs: Bradesco Vida e Previdência S.A., Itaú Vida e Previdência S.A., Mapfre Previdência S.A., Porto Seguro Vida e Previdência S/A., Sul América Seguros de Pessoas e Previdência S.A. | As entidades fechadas são pessoas jurídicas, organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, mantidas por grandes empresas ou grupos de empresa, para oferecer planos de previdência privada aos seus funcionários. Essas entidades são conhecidas como “fundos de pensão”. Os planos não podem ser comercializados para quem não é funcionário daquela empresa. Ex: PreviBosch (dos funcionários da empresa Bosch). |
| Possuem finalidade de lucro. | Não possuem fins lucrativos. |
| São geridas (administradas) pelos diretores e administradores da sociedade anônima. | A gestão é compartilhada entre os representantes dos participantes e assistidos e os representantes dos patrocinadores. |

O julgado analisado refere-se a um plano de previdência privada fechada.

"Entidades patrocinadoras" (patrocinador)

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

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

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

Participante

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

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

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João é participante do Plano Básico de Benefícios administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – FAPES.

O principal patrocinador desse plano é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. A FAPES registrou déficit por 3 (três) anos consecutivos.

Diante desse cenário, ficou definido que os participantes, inclusive João, deveriam pagar contribuições extraordinárias para reduzir o “prejuízo” do plano.

Essa contribuição extraordinária tem previsão nos arts. 19 e 21 da LC 109/2001:

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

As contribuições normais pagas ao plano de previdência privada podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, até o limite de 12% do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos. Em outras palavras, o participante não é obrigado a recolher imposto de renda sobre o valor das contribuições pagas à previdência privada.

Isso está previsto no art. 8º, II, “e”, da Lei nº 9.250/95 e no art. 11 da Lei nº 9.532/99:

Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

(...)

II - das deduções relativas:

(...)

e) às contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

Art. 11. As deduções relativas às contribuições para entidades de previdência privada, a que se refere a alínea “e” do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e às contribuições para o Fundo de Aposentadoria Programada Individual - Fapi, a que se refere a Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997, cujo ônus seja da própria pessoa física, ficam condicionadas ao recolhimento, também, de contribuições para o regime geral de previdência social ou, quando for o caso, para regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, observada a contribuição mínima, e limitadas a 12% (doze por cento) do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos.

As contribuições extraordinárias também gozam desse mesmo benefício?

SIM.

A partir da leitura dos arts. 19 e 21 da Lei Complementar nº 109/2001, chega-se à conclusão de que todas as contribuições destinadas à constituição de reservas, sejam elas classificadas como contribuição normal ou extraordinária, têm como objetivo final o pagamento dos benefícios de caráter previdenciário.

O art. 8º, II, “e”, da Lei nº 9.250/95 e o art. 11 da Lei nº 9.532/99 explicitam regras para dedução das contribuições feitas aos planos de previdência privada da base de cálculo do imposto de renda, as quais são consideradas despesas dedutíveis até o limite de 12% do total dos rendimentos computados da base de incidência do referido tributo.

Esses dispositivos não fazem qualquer diferenciação entre as espécies de contribuições pagas pelos participantes ao plano de previdência privada - normais ou extraordinárias. A única exigência legal é de que essas sejam “destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social”, redação bastante similar àquela adotada no caput do art. 19 da Lei Complementar nº 109/2001.

As contribuições pagas pelo participante para custear déficit do plano de previdência privada também servem para garantir o cumprimento do objetivo principal almejado por quem adere ao plano, ou seja, de manter o recebimento dos benefícios acordados, na forma como estipulado à época da inscrição.

Assim, as contribuições extraordinárias pagas para equacionar o resultado deficitário nos planos de previdência privada podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, observado o limite de 12% do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos.

Em suma:

As contribuições extraordinárias pagas para equacionar o resultado deficitário nos planos de previdência privada podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, observado o limite de 12% do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.890.367-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

IMPOSTO DE RENDA

O Fisco não pode promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela empresa com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas e mediante o emprego de empresa-veículo

Baixa relevância para concursos

ODS 16

Não é cabível à Fazenda impedir a dedutibilidade do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”, não podendo presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.026.473-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A MERRILL LYNCH (MLGP), investidora estrangeira, manifestou interesse em adquirir o controle da empresa CREMER S.A, que se encontrava em estágio pré-falimentar.

A CREMER S.A era uma sociedade de capital aberto, com 46,2% de suas ações negociadas em Bolsa. O seu controle era exercido por familiares de seus fundadores.

A MLGP exigiu, como condição para realizar os investimentos, que a CREMER fizesse o fechamento do capital, ou seja, passasse a ser uma sociedade de capital fechado. A MLGP entendia precisava fazer mudanças estruturais profundas na empresa e que não conseguiria se ela continuasse a ser de capital aberto, com ações negociadas na Bolsa.

A CREMER aceitou a condição imposta.

Para concretizar o fechamento de capital, foi necessária a criação de uma nova pessoa jurídica que reunisse as ações do bloco de controle e que adquirisse, mediante Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA), quantidade suficiente de ações dos minoritários, para atingir-se a quantidade mínima necessária para o fechamento do capital.

Foi então criada a CREMERPAR que, na linguagem societária, funcionaria como “empresa-veículo”, ou seja, empresa instituída especificamente para viabilizar as providências necessárias para o fechamento de capital.

Em 2004, a CREMERPAR realizou a Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) da CREMER S.A, com o objetivo, conforme já explicado, de adquirir as ações dos acionistas minoritários da CREMER e assim poder conseguir o fechamento do capital.

A OPA teve êxito e, em seguida, a MLGP aportou dinheiro na CREMERPAR, para que esta levasse adiante a aquisição do controle acionário da CREMER S/A.

Ao final, a CREMER incorporou a CREMERPAR. Houve a denominada incorporação reversa. Com a incorporação, a CREMER passou a amortizar o ágio advindo da incorporada.

Em resumo, a MLGP desembolsou os valores para aquisição, por intermédio da CREMERPAR, de ações da CREMER S/A. Logo, a CREMERPAR passou a ter ações da CREMER. Posteriormente, a CREMER incorporou a CREMERPAR (incorporação reversa).

Regramento legal do ágio dado pelos então vigentes arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 permitem que o valor pago a mais por uma participação societária (ágio) seja deduzido do IRPJ e da CSLL.

Sob o ponto de vista econômico, referida lei possibilita que os investidores recuperem, em parte, o valor pago pelo investimento adquirido.

O propósito é incentivar o ingresso de investimentos estrangeiros diretos no Brasil, especificamente aqueles efetuados fora do ambiente de Bolsa e com o intuito de serem permanentes.

Tal recuperação se dá por meio da permissão de que a diferença positiva entre o montante pago pela participação societária adquirida e o seu respectivo valor patrimonial (diferença essa conhecida como “ágio”), seja deduzida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, desde que cumpridas as diversas condições previstas na própria Lei nº 9.532/97.

Por exemplo: se uma pessoa jurídica adquirir 100% da participação societária de uma outra pessoa jurídica pelo valor de R\$ 5 milhões, sendo que o patrimônio líquido dessa sociedade está avaliado em R\$ 3 milhões, a diferença a maior paga (R\$ 2 milhões) deve ser registrada como ágio, conforme estabelece o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Veja o que dizem, no que interessa, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea b do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Inciso com redação dada pela Lei nº 9.718, de 27/11/1998)

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

A CREMER tentou se beneficiar da sistemática prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Para isso, quando da aquisição do bloco de controle da CREMER S.A. pela CREMERPAR, ela lançou o ágio, para fins de amortização, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real.

Glosa do Fisco

O Fisco, contudo, não concordou porque considerou que esse ágio não tinha “substância econômica” porque era intragrupo.

De acordo com o Fisco, não houve negócio jurídico entabulado entre atores independentes, mas apenas uma reorganização societária, incapaz de gerar ágio decorrente de investimento.

Assim, o Fisco realizou a glosa da despesa de ágio.

Ação proposta pela CREMER

Inconformada, a CREMER S.A. ajuizou ação em face da UNIÃO postulando, em suma, a anulação da glosa da utilização de ágio para fins de amortização na apuração do lucro real nos exercícios seguintes à incorporação da CREMERPAR pela CREMER, ocorrida no ano de 2004.

O juiz proferiu sentença de procedência porque entendeu que a operação realizada teria preenchido todas as formalidades exigidas à época para a geração do ágio, consoante o inciso III do caput do art. 7º, da Lei nº 9.532/97. Somente a partir da vigência da Lei nº 12.973/2014 é que se passou a existir a expressa vedação legal para a dedução do ágio decorrente da aquisição de participação societária entre partes dependentes/correlacionadas.

A União interpôs apelação alegando, em síntese, que a formação do ágio não ocorre de forma aleatória, devendo ser motivado com indicação do seu fundamento econômico, nos termos do art. 385, §2º do RIR/99.

Sustentou que o ágio, como despesa de amortização, submete-se ao regramento legal das despesas previstas no art. 299 do RIR/99, ou seja, deve decorrer de operações necessárias, normais e usuais e que, nas hipóteses de cisão, transformação e fusão, deve haver efetiva substância econômica.

Alegou que, no caso, as operações foram não usuais, atípicas e destituídas de um real propósito negocial ou de um efetivo substrato/fundamento econômico capaz de justificá-las.

O TRF da 4ª Região negou provimento à apelação.

A União interpôs, então, recurso especial insistindo nos argumentos já deduzidos.

O STJ deu provimento ao recurso da União?

NÃO.

A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77).

Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/97 (convertida na Lei nº 9.532/97) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas nas quais assentadas o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente nesse sentido.

Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei nº 12.973/2014 – não aplicável no caso concreto), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação:

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;
II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.
§ 2º O laudo de que trata o inciso I do § 1º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.
§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 1º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes.

Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (ex: absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de empresa-veículo já seria por si só, abusiva.

Em suma:

Não é cabível à Fazenda impedir a dedutibilidade do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”, não podendo presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.
STJ. 1ª Turma. REsp 2.026.473-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) O STJ, mesmo com a decisão do STF no Tema 1.002, continua aplicando a Súmula 421 e decidindo que os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. ()
- 2) Tratando-se de limitação administrativa, não é devido o pagamento de indenização aos proprietários dos imóveis abrangidos em área delimitada por ato administrativo considerando que, em nenhum caso, haverá prejuízo ao proprietário. ()
- 3) A exigência de uma tarifa bancária considerada indevida agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade, dando ensejo a danos morais coletivos. ()
- 4) É inidônea a mensuração da repercussão internacional do delito na majoração da pena-base pelas consequências do crime. ()
- 5) É possível que incida a regra a continuidade delitiva específica nos crimes de estupro praticados com violência presumida. ()
- 6) As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. ()
- 7) A alteração promovida pela Lei nº 14.550/2023 não provocou qualquer modificação quanto à natureza cautelar penal das medidas protetivas previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei nº 11.340/2006. ()
- 8) A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri impede que o magistrado avalie a pertinência da produção da prova. ()
- 9) A má formulação de quesito, com imputações não admitidas na pronúncia, causa nulidade absoluta e justifica exceção à regra da impugnação imediata, afastando-se a preclusão. ()
- 10) As contribuições extraordinárias pagas para equacionar o resultado deficitário nos planos de previdência privada podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, observado o limite de 12% do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos. ()

Gabarito

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