

Informativo comentado:

Informativo 714-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL DE CONTAS

- *Cabe ACP para questionar nomeação para o Tribunal de Contas sob o argumento de que o nomeado não preencheria os requisitos da idoneidade moral e reputação ilibada*

DIREITO ADMINISTRATIVO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

- *É viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa.*

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

- *A administração pública, quando sevê diante de situações em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão e de cassação de aposentadoria de servidor, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa (Súmula 650-STJ).*
- *Não há óbice para que a autoridade administrativa apure a falta disciplinar do servidor público independentemente da apuração do fato no bojo da ação por improbidade administrativa (Súmula 651-STJ).*

DIREITO CIVIL

CONTRATO DE SEGURO

- *No contrato de seguro envolvendo invalidez funcional permanente (IFPD), só haverá pagamento da indenização se tiver havido “perda da existência independente do segurado”; essa cláusula contratual é válida.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANOS DE SAÚDE

- *Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro.*

RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO PRODUTO

- *Demonstrada, pelo consumidor, a relação de causa e efeito entre o produto e o dano, incumbe ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou a configuração de outra excludente de responsabilidade consagrada no § 3º do art. 12 do CDC.*

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

- *O juízo da comarca de domicílio do adolescente pode conferir autorização para que ele participe de apresentações artísticas inclusive em outras comarcas.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

RECURSOS (HONORÁRIOS RECURSAIS)

- Se o réu recorreu contra sentença que favoreceu litisconsortes ativos facultativos simples e o Tribunal deu provimento ao recurso no que tange a apenas alguns dos litisconsortes, haverá condenação em honorários recursais quanto aos demais.
- Para a adequação de determinado julgado, após a modulação dos efeitos de decisão pelo STF, é necessário que o recurso tenha sido conhecido e que haja relação entre o objeto recursal e o fato superveniente.

DIREITO PENAL

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

- Se a prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º do CP for paga à vítima (o que é a prioridade), esse valor deverá ser abatido da quantia fixada como reparação dos danos (art. 387, IV, do CPP).

CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Em tese, seria cabível revisão criminal para aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aos condenados pelos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

- Não se mostra razoável, para a realização da audiência de custódia, determinar o retorno de investigado à localidade em que ocorreu a prisão quando este já tenha sido transferido para a comarca em que se realizou a busca e apreensão.

COMPETÊNCIA

- A Justiça Federal é competente para processar e julgar os crimes ambientais e contra a vida decorrentes do rompimento da barragem em Brumadinho/MG.

EXECUÇÃO PENAL

- A vara tem o dever de fornecer informações requisitadas pela Defensoria Pública para a defesa das pessoas com deficiência que estejam cumprindo medida de segurança.

DIREITO TRIBUTÁRIO

COFINS-IMPORTAÇÃO

- O aumento de um ponto percentual da alíquota fixado pela Lei 12.844/2013 no § 21 do art. 8º da Lei 10.865/2004 também se aplica para as operações de alíquota zero do § 12 do mesmo art. 8º.

DIREITO CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL DE CONTAS

Cabe ACP para questionar nomeação para o Tribunal de Contas sob o argumento de que o nomeado não preencheria os requisitos da idoneidade moral e reputação ilibada

Importante!!!

ODS 16

É juridicamente possível o pedido de anulação da nomeação e posse de Conselheiro de Tribunal de Contas de Município, veiculado em ação civil pública, com fundamento na constatação de que este não preenche os requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.347.443-RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/10/2021, DJe 21/10/2021 (Info 714).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

João foi nomeado para tomar posse no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

Ocorre que o Ministério Público verificou uma grande evolução patrimonial por parte de João, supostamente incompatível com a sua remuneração.

Diante disso, o Ministério Público ajuizou ação civil pública pedindo para anular a nomeação e a posse de João no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro sob o argumento de que o réu não atenderia aos requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada exigidos pelo art. 91, II, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

O Tribunal de Justiça decidiu que a petição inicial seria inepta porque o MP não teria impugnado expressamente o Decreto Legislativo que materializou a escolha de João como Conselheiro.

Ademais, o TJ afirmou que a pretensão seria juridicamente impossível, considerando que, “tratando-se de requisitos subjetivos, somente o próprio Poder Legislativo tinha legitimidade para apreciá-los, sendo defeso ao Poder Judiciário interferir, sob pena de ofensa à regra constitucional da Separação dos Poderes”.

A questão chegou ao STJ. O mérito desta ACP pode ser julgado?

SIM.

Petição inicial não é inepta

Inicialmente, o STJ afirmou que a petição inicial da ACP não era inepta.

Ao contrário do que entendeu o Tribunal de Justiça, o vício que, em tese, macularia o Decreto Legislativo, não se circunscreve a esse ato isoladamente, pois a alegada falta de idoneidade moral e de reputação ilibada do réu contamina, em tese, também os subsequentes atos administrativos do processo de escolha, alcançando, portanto, as próprias nomeação e posse para a vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município.

Portanto, a obrigação de se declarar a prática de ato nulo, causador de dano à moralidade administrativa e à coletividade, não está circunscrita ao Decreto Legislativo, cuja eventual nulidade acarretará na também invalidade dos atos subsequentes e imprescindíveis à complexa conformação do ato final, que se ultima com a nomeação e posse do indicado para o cargo.

Em outras palavras, quando se pede a anulação da nomeação e da posse, isso abrange todas as etapas do processo de escolha do Conselheiro.

Não há impossibilidade jurídica do pedido

A indicação e a nomeação de Conselheiro para o Tribunal de Contas não são atos administrativos puramente discricionários, fruto do livre arbítrio do poder político. É necessário que sejam cumpridos os requisitos da idoneidade moral e da reputação ilibada, exigências normativas que vinculam a escolha política tanto do Poder Legislativo (que indica um nome para o cargo) como do chefe do Poder Executivo que faz a respectiva nomeação desse nome.

A idoneidade moral e a reputação ilibada constituem conceitos que estão imbricados (unidos) com o da moralidade administrativa e, embora indeterminados, possuem densidade mínima a permitir o seu escrutínio judicial.

A escolha e nomeação de Conselheiro para o Tribunal de Contas, como qualquer outro ato administrativo, deve se pautar em critérios de elevado padrão moral e ético, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, cujo controle será objetivamente realizado por meio de dados concretos, ou seja, aptos a aferir a adequação da conduta do agente frente ao império da lei e da Constituição.

Em suma:

É juridicamente possível o pedido de anulação da nomeação e posse de Conselheiro de Tribunal de Contas de Município, veiculado em ação civil pública, com fundamento na constatação de que este não preenche os requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.347.443-RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/10/2021, DJe 21/10/2021 (Info 714).

DIREITO ADMINISTRATIVO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa

Importante!!!

ODS 16

O STJ possui o entendimento pacífico no sentido que é inviável o manejo da ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. Essa posição continua a mesma e não mudou.

Caso adaptado: o DNIT contratou uma empresa para que ela fizesse a supervisão da construção de uma rodovia federal. Ocorre que, em tese, foram praticados atos de improbidade administrativa na execução desse contrato. Diante disso, foram propostas duas ações de improbidade administrativa: 1^a) Ação de improbidade proposta pelo DNIT contra João e Pedro, os agentes públicos envolvidos no contrato. 2^a) Ação de improbidade proposta pelo MPF contra João e Pedro (os agentes públicos) e também contra Marcelo (o particular envolvido no ato).

O juiz, ao analisar a ação proposta pelo MPF, recebeu a demanda apenas contra Marcelo (o particular) e rejeitou a ação contra João e Pedro (os agentes públicos) sob o argumento de que eles já respondem a demanda anteriormente ajuizada pelo DNIT, sendo os processos conexos. Diante dessa decisão, Marcelo interpôs agravo de instrumento e o TRF deu provimento ao recurso e extinguiu a ação proposta pelo MPF sob o argumento de que não cabe ação de improbidade administrativa tramitando unicamente contra particular.

Esse argumento não deve prevalecer. Isso porque os agentes públicos já respondem em outra demanda conexa.

STJ. 1^a Turma. AREsp 1.402.806-TO, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5^a Região), julgado em 19/10/2021 (Info 714).

Antes de explicar o que foi decidido no julgado, é importante relembrarmos o entendimento do STJ no sentido de que a ação de improbidade administrativa não pode ser proposta exclusivamente contra o particular (é necessária a presença de um agente público no polo passivo). Vamos relembrar esse entendimento abaixo e, depois, explico o julgado.

NÃO É POSSÍVEL AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXCLUSIVAMENTE EM FACE DE PARTICULAR

Quando falamos em “sujeitos” da improbidade administrativa, analisamos as pessoas jurídicas envolvidas ou afetadas pelo ato de improbidade, seja na condição de autoras, seja como vítimas.

Vale ressaltar que a presente análise é sob o ponto de vista do direito MATERIAL, ou seja, será examinado o sujeito ativo do ATO de improbidade, isto é, quem praticou o ato no mundo real. Não se está tratando aqui de sujeito ativo ou passivo sob o ponto de vista processual, isto é, quem seria autor ou réu na ação de improbidade.

Assim, quando você ouvir falar em sujeito ativo ou passivo da improbidade, está se falando do ATO e não do processo judicial. Não se deve, portanto, confundir sujeito ativo/passivo do ato de improbidade com o legitimado ativo/passivo da ação de improbidade. O sujeito ativo do ato de improbidade será legitimado passivo (réu) da ação de improbidade; o sujeito passivo do ato, em regra, poderá ser legitimado ativo (autor) da ação de improbidade.

Sujeito passivo (art. 1º)

Sujeito passivo é a pessoa jurídica, de direito público ou privado, que sofre os efeitos deletérios do ato de improbidade administrativa. É como se fosse a “vítima” do ato de improbidade.

A lista das pessoas que podem ser sujeito passivo do ato de improbidade está prevista no art. 1º, §§ 5º a 7º da Lei nº 8.429/92.

Quem pode ser SUJEITO PASSIVO	Exemplos
1) órgãos da Administração direta.	União, Estados, DF, Municípios.
2) entidades da Administração indireta.	Autarquias, fundações, associações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista.
3) entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais.	Entidades do terceiro setor (organizações sociais, OSCIP etc.), entidades sindicais, partidos políticos.
4) entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o resarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.	Sociedades de propósito específico, criadas para gerir parcerias público-privadas (art. 9º da Lei nº 11.079/2004).

Sujeito ativo (arts. 2º e 3º)

Sujeito ativo é a pessoa física ou jurídica que:

- pratica dolosamente o ato de improbidade administrativa;
- induz ou concorre dolosamente para a sua prática.

O sujeito ativo do ato de improbidade será réu na ação de improbidade.

Os sujeitos ativos podem ser de duas espécies:

- a) agentes públicos (art. 2º);
- b) terceiros (art. 3º).

O que é o “terceiro” para fins de improbidade administrativa?

Terceiro é a pessoa física ou jurídica que, mesmo não sendo agente público, induziu ou concorreu dolosamente para a prática do ato de improbidade.

Desse modo, o papel do terceiro no ato de improbidade pode ser o de:

- induzir (instigar, estimular) o agente público a praticar o ato de improbidade; ou
- concorrer para o ato de improbidade (auxiliar o agente público a praticar).

Se a pessoa (física ou jurídica) não induzir nem concorrer para o ato de improbidade, mas, no final das contas, for beneficiada com esse ato, ela será considerada “terceiro” e responderá pelas sanções da Lei nº 8.429/92?

**Pessoa que não induziu nem concorreu, mas foi beneficiada pelo ato de improbidade,
responde pelas sanções da Lei nº 8.429/92?**

Antes da Lei 14.230/2021: SIM	Depois da Lei 14.230/2021: NÃO
Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.	Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

O “terceiro” pode ser uma pessoa jurídica?

SIM. As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei nº 8.429/92.

É importante, no entanto, fazer duas observações sobre o tema:

- a) Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação (§ 1º do art. 3º da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/2021).
- b) As sanções da Lei nº 8.429/92 não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846/2013 (§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/2021).

É possível imaginar que exista ato de improbidade com a atuação apenas do “terceiro” (sem a participação de um agente público)? É possível que, em uma ação de improbidade administrativa, o terceiro figure sozinho como réu?

NÃO. Para que o terceiro seja responsabilizado pelas sanções da Lei nº 8.429/92, é indispensável que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato de improbidade. Logo, não é possível que seja proposta ação de improbidade somente contra o terceiro, sem que figure também um agente público no polo passivo da demanda.

Como vimos mais acima, os particulares estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/92 (LIA), não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos. Entretanto, analisando-se o art. 3º da LIA, observa-se que o particular será inciso nas sanções decorrentes do ato ímparo somente quando:

- a) induzir, ou seja, incutir no agente público o estado mental tendente à prática do ilícito;
- b) concorrer juntamente com o agente público para a prática do ato.

Diante disso, o STJ reputa inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

Vejamos o seguinte exemplo:

Determinado fundo de investimentos mantido pelo Governo Federal concedeu linha de crédito facilitada para uma empresa privada desenvolver um empreendimento na Amazônia.

Diante de supostas irregularidades na aplicação dos recursos, o MPF ajuizou ação de improbidade administrativa contra a pessoa jurídica privada e seu diretor presidente.

O processo deverá ser extinto sem resolução de mérito por ausência de pressuposto processual.

Para que o terceiro seja responsabilizado pelas sanções da Lei nº 8.429/92 é indispensável que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato de improbidade.

Assim, não é possível a propositura de ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014 (Info 535).

CASO PECULIAR NO QUAL O STJ ADMITIU QUE A AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTINUASSE SOMENTE CONTRA O PARTICULAR (TERCEIRO)

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O DNIT (autarquia federal) contratou uma empresa de engenharia para que ela fizesse a supervisão da construção de uma rodovia federal. O valor do contrato era de R\$ 9 milhões.

Ocorre que, em tese, foram praticados atos de improbidade administrativa na execução desse contrato.

Diante disso, foram propostas duas ações de improbidade administrativa:

1^a) Ação de improbidade proposta pelo DNIT* contra João e Pedro, os agentes públicos envolvidos no contrato. Essa ação foi ajuizada primeiro.

2^a) Ação de improbidade proposta pelo MPF contra João e Pedro (os agentes públicos) e também contra Marcelo (o particular envolvido no ato).

* na época do ajuizamento, a pessoa jurídica prejudicada também tinha legitimidade ativa para a ação de improbidade administrativa. Isso mudou com a Lei nº 14.230/2021:

AÇÃO DE IMPROBIDADE (ART. 17 DA LEI 8.429/92)	
REGRAMENTO ANTERIOR	NOVO REGRAMENTO (LEI 14.230/2021)
Legitimidade para a propositura (caput)	
A ação de improbidade podia ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada (ex: se a improbidade tivesse sido praticada contra o ente municipal, este Município poderá ajuizar a ação de improbidade).	A ação de improbidade somente pode ser proposta pelo Ministério Público. A pessoa jurídica interessada não mais pode ajuizar ação de improbidade. Se a autoridade tiver conhecimento de fatos que revelem a existência de indícios de ato de improbidade, ela deverá representar ao Ministério Público para as providências necessárias (art. 7º).

Voltando ao caso concreto:

O juiz, ao analisar a ação proposta pelo MPF, recebeu a demanda apenas contra Marcelo (o particular) e rejeitou a ação contra João e Pedro (os agentes públicos) sob o argumento de que eles já respondem a demanda anteriormente ajuizada pelo DNIT, sendo os processos conexos.

Diante dessa decisão, Marcelo interpôs agravo de instrumento e o TRF deu provimento ao recurso e extinguiu a ação proposta pelo MPF sob o argumento de que não cabe ação de improbidade administrativa tramitando unicamente contra particular. Em outras palavras, o TRF afirmou o seguinte: nesta ação do MPF só sobrou como réu um particular. Logo, o processo deve ser extinto já que não pode tramitar ação de improbidade unicamente contra particular.

A decisão do TRF foi mantida pelo STJ?

NÃO.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que o STJ possui o entendimento pacífico no sentido que é inviável o manejo da ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. Essa posição continua a mesma e não mudou. Contudo, no caso concreto, temos uma peculiaridade.

Houve o ajuizamento de duas ações de improbidade, uma pelo Ministério Público Federal, outra pelo DNIT. Os agentes públicos envolvidos na idêntica trama factual narrada nas duas demandas foram excluídos da ação ajuizada pelo Parquet, restando nesta apenas o particular acionado.

Em sua fundamentação, o TRF aduziu que, “com o reconhecimento da litispendência e a extinção do feito originário contra os agentes públicos, a ação de improbidade foi mantida somente contra o particular, o que não pode ser admitido. Com efeito, inexistindo agentes públicos no polo passivo da ação de improbidade administrativa, destinatários do preceito legal que enumera os atos tidos como ímparobos, não há como prosperar a ação originária em que pretende o agravado a condenação do agravante pela prática de ato de improbidade administrativa”.

O TRF afirmou, portanto, que, muito embora houvesse ação conexa promovida contra os agentes públicos, a demanda apreciada contaria apenas com o particular no polo passivo, o que não poderia ser admitido em ações de improbidade.

Essa conclusão contraria o entendimento do STJ que possui julgados afirmando que, se houve uma primeira ação contra os agentes públicos, a segunda ação conexa pode sim ser proposta ou tramitar apenas contra os particulares já que existe litispendência entre as demandas:

(...) 2. Não é o caso de aplicar a jurisprudência do STJ, segundo a qual os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, pois houve a devida pretensão de responsabilizar os agentes públicos em outra demanda conexa à originária deste Recurso Especial.

3. Já na inicial da Ação Civil Pública por improbidade administrativa originária, movida apenas contra particulares, constou a informação do ajuizamento da outra demanda: (...)

4. No mesmo sentido está o Parecer do Ministério Público Federal, que assevera: "O acórdão recorrido concluiu que não é possível o ajuizamento de ação civil pública somente contra particulares. Todavia, como restou consignado no próprio acórdão recorrido, os agentes públicos envolvidos nas fraudes perpetradas no âmbito do DETRAN/MT já respondem pelos atos praticados em outra demanda, tratando-se, portanto, de simples cisão das ações de improbidade. É conhecido o entendimento do STJ a respeito da ilegitimidade dos particulares para figurarem sozinhos no polo passivo de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa. Todavia, este entendimento se baseia na indispensabilidade da participação de agente público para a configuração do ato de improbidade. (...) A improbidade em que incorreram os agentes públicos, por sua vez, já é objeto da ACP código 212025, conexa à ACP subjacente a este recurso". (...)

STJ. 2ª Turma. REsp 1732762/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 27/11/2018.

(...) 1. Esta Corte Superior tem o firme entendimento segundo o qual se mostra inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

2. Na espécie, ficou represado na espécie que há duas ações civis públicas nas quais são compartilhados os elementos probatórios. Uma ajuizada contra os Policiais Rodoviários Federais e outra contra os Particulares. Embora não se trate da melhor técnica processual, referida providência não está a evidenciar que se trata de conduta que tenha sido alegadamente praticada sem o concurso de Agentes Públicos, tratando-se de opção de organização judiciária; repita-se, embora não evidencie a mais rígida providência procedural, a prática de separar as ações não chega a tornar impossível a tramitação do feito, pois há Agente Público no polo passivo da questão tratada (operação Carro Forte), nem o nulifica, porque as exigências de defesa foram observadas. (...)

STJ. 1ª Turma. AgInt nos EDcl no AREsp 817.063/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 21/09/2020.

Em suma:

É viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.402.806-TO, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), julgado em 19/10/2021 (Info 714).

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A administração pública, quando se vê diante de situações em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão e de cassação de aposentadoria de servidor, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa (Súmula 650-STJ)

Súmula 650-STJ: A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90.

STJ. 1ª Seção. Aprovada em 22/09/2021.

Lei nº 8.112/90

A Lei nº 8.112/90 trata sobre o estatuto dos servidores públicos federais.

Dentre outros temas, essa lei prevê as regras do processo administrativo disciplinar.

Assim, quando o servidor público federal pratica uma infração administrativa, será julgado e punido conforme as normas da Lei nº 8.112/90.

Espécies de penalidades disciplinares

Se o servidor público praticar uma infração disciplinar ele poderá ser punido com base em uma das seis penalidades previstas no art. 127 da Lei nº 8.112/90:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

Demissão

No art. 132, a Lei prevê as infrações disciplinares que geram a demissão do servidor público:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

Imagine agora a seguinte situação:

Determinado Policial Rodoviário Federal foi flagrado recebendo 200 reais de propina de um caminhoneiro. Após todo o processo administrativo disciplinar, tendo sido provado o fato, o servidor foi punido com a pena de demissão.

A autoridade administrativa fundamentou o ato de demissão no art. 132, I e XI, da Lei nº 8.112/90:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;

(...)
XI - corrupção;

O servidor demitido impetrou mandado de segurança alegando que a punição aplicada violou o princípio da proporcionalidade. Isso porque ele possuía quase 20 anos de serviço, sem notícia de qualquer infração anterior e a propina recebida foi de apenas 200 reais. Logo, a autoridade administrativa deveria ter aplicado contra ele apenas uma suspensão.

O impetrante invocou o caput do art. 128 da Lei nº 8.112/90:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

A tese do autor pode ser acolhida pela jurisprudência do STJ?

NÃO. Se a conduta praticada pelo servidor se enquadrar em um dos incisos do art. 132 da Lei nº 8.112/90, a autoridade tem o dever de aplicar a pena de demissão, não havendo discricionariedade (“liberdade”) para que se comine sanção diversa.

Configurada hipótese do art. 132 da Lei nº 8.112/90, o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Logo, deverá ser aplicada a pena de demissão, sob risco de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso. Não há que se falar, portanto, em desproporcionalidade da pena, já que informada pelo princípio da legalidade estrita, não havendo margem para a dosimetria da sanção pelo administrador. O art. 132 é taxativo quanto à incidência da pena de demissão, não podendo ser afastada a penalidade por razões de proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, o art. 128 da Lei nº 8.112/90 não serve para afastar a aplicação da demissão quando a situação se amoldar em um dos incisos do art. 132. O art. 128 somente incide na análise da aplicação das sanções de advertência ou suspensão.

Vale ressaltar que essa posição já era consolidada na jurisprudência e no âmbito da Administração Pública federal, existindo, inclusive, parecer normativo da AGU afirmando essa mesma conclusão.

O mesmo entendimento vale para a pena de cassação de aposentadoria

Se o servidor praticou conduta que se amolda às hipóteses de demissão (art. 132 da Lei nº 8.112/90) e, no curso do processo administrativo, ele se aposenta, o administrador possui o dever de aplicar a pena de cassação de aposentadoria, nos termos do art. 127, IV c/c art. 134:

Art. 127. São penalidades disciplinares:
(...)
IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

**Não há óbice para que a autoridade administrativa apure a falta disciplinar do servidor público independentemente da apuração do fato no bojo da ação por improbidade administrativa
(Súmula 651-STJ)**

Súmula 651-STJ: Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judicial, à perda da função pública.

STJ. 1^a Seção. Aprovada em 21/10/2021.

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, servidor público federal, no exercício de suas funções, praticou ato de improbidade administrativa. O Ministério Público, ajuizou ação de improbidade contra esse servidor.

Paralelamente a isso, a Administração Pública federal instaurou processo administrativo disciplinar.

Antes que a ação de improbidade fosse julgada, o PAD chegou ao fim.

A autoridade administração aplicou, como sanção disciplinar, a demissão, nos termos do art. 127, III c/c art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90:

Art. 127. São penalidades disciplinares:
(...)
III - demissão;

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
(...)
IV - improbidade administrativa;

Inconformado, João impetrou mandado de segurança alegando que, em caso de ato de improbidade administrativa, a pena de demissão somente poderia ser aplicada pelo Poder Judiciário, em ação de improbidade, não podendo haver a demissão por meio de processo administrativo.

Essa tese do servidor não é acolhida pela jurisprudência?

NÃO.

Para o STJ, é possível a demissão de servidor por improbidade administrativa em processo administrativo disciplinar.

A pena de demissão não é exclusividade do Poder Judiciário, sendo dever da Administração apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar.

Além disso, vigora o princípio da independência das instâncias, conforme expressamente prevê o caput do art. 12 da Lei nº 8.429/90 (Lei de Improbidade Administrativa):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
(...)

Esse é o entendimento consolidado há muitos anos do STJ:

(...) as sanções disciplinares previstas na Lei 8.112/90 são independentes em relação às penalidades previstas na LIA, daí porque não há necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado da ação por improbidade administrativa para que seja editado o ato de demissão com base no art. 132, IV, do Estatuto do Servidor Público Federal. (...)

STJ. 1^a Seção. MS 15.848/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/04/2013.

(...) 4. A própria LIA, no art. 12, caput, dispõe que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”. Isso quer dizer que a norma não criou um único subsistema para o combate aos atos ímparos, e sim mais um subsistema, compatível e coordenado com os demais. (...)

STJ. 1ª Seção. MS 16.418/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/08/2012.

(...) O processo administrativo disciplinar e a ação de improbidade, embora possam acarretar a perda do cargo público, possuem âmbitos de aplicação distintos, mormente a independência das esferas civil, administrativa e penal. Logo, não há óbice para que a autoridade administrativa apure a falta disciplinar do servidor público independentemente da apuração do fato no bojo da ação por improbidade administrativa. (...)

STJ. 1ª Seção. MS 15.951/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 14/09/2011.

(...) 2. A apuração de falta disciplinar realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei n.º 8.429/92.

3. Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa, que é afastada quando a esfera penal taxativamente afirmar que não houve o fato, e/ou, acaso existente, houver demonstrações inequívocas de que o agente não foi o seu causador. Este fundamento, inclusive, autoriza a conclusão no sentido de que as penalidades aplicadas em sede de processo administrativo disciplinar e no âmbito da improbidade administrativa, embora possam incidir na restrição de um mesmo direito, são distintas entre si, tendo em vista que se assentam em distintos planos. (...)

STJ. 2ª Turma. REsp 1364075/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/11/2015.

DIREITO CIVIL

CONTRATO DE SEGURO

No contrato de seguro envolvendo invalidez funcional permanente (IFPD), só haverá pagamento da indenização se tiver havido “perda da existência independente do segurado”; essa cláusula contratual é válida

Importante!!!

ODS 3 E 16

Não é ilegal ou abusiva a cláusula que prevê a cobertura adicional de invalidez funcional permanente total por doença (IFPD) em contrato de seguro de vida em grupo, condicionando o pagamento da indenização securitária à perda da existência independente do segurado, comprovada por declaração médica.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.867.199-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/10/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 1068) (Info 714).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João celebrou contrato de seguro de vida em grupo com a seguradora Metropolitan.

Este contrato possui cobertura adicional para invalidez funcional permanente total por doença (IFPD).

João sofre de artrose degenerativa e, em razão dessa enfermidade, ficou incapacitado de forma permanente para o trabalho. Essa circunstância foi reconhecida pelo INSS, que concedeu a João aposentadoria por invalidez (aposentadoria por incapacidade permanente).

João pediu, então, da seguradora o pagamento da indenização securitária afirmando que se encontra em situação de invalidez funcional permanente total por doença (IFPD).

A seguradora, contudo, negou o pagamento sob os seguintes fundamentos:

a) o deferimento da aposentadoria por invalidez pelo INSS não vincula (não obriga) a concessão do pagamento da indenização securitária, considerando que os conceitos utilizados nos seguros privados são diversos dos critérios adotados pela autarquia previdenciária;

b) João não faz jus à indenização securitária, porque sua incapacidade não é apta a lhe comprometer o pleno exercício das suas relações autonômicas diárias, não se enquadrando a condição física na definição de invalidez funcional por doença, a qual, por sua vez, exige a perda definitiva da “existência independente do segurado”.

É necessário explicar melhor esse segundo argumento. A cláusula do contrato de seguro diz que, para o pagamento da indenização securitária, não basta que o segurado esteja incapacitado para o trabalho. É necessário que ele tenha perdido a sua “existência independente”, algo muito mais intenso e grave que a incapacidade para o trabalho.

João não se conformou e ingressou com ação afirmando que essa exigência da seguradora seria abusiva.

A questão chegou até o STJ. Vejamos o que foi decidido iniciando pelo primeiro ponto: o fato de o INSS ter concedido a aposentadoria por invalidez vincula a seguradora?

NÃO.

A aposentadoria por invalidez permanente concedida pelo INSS não confere ao segurado o direito automático de receber indenização de seguro contratado com empresa privada, sendo imprescindível a realização de perícia médica para atestar tanto a natureza e o grau da incapacidade quanto o correto enquadramento na cobertura contratada (art. 5º, parágrafo único, da Circular nº 302/2005).

A autarquia previdenciária afere apenas a incapacidade profissional ou laborativa, que não se confunde com as incapacidades parcial, total, temporária ou funcional.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.867.199-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/10/2021 (Info 714).

Logo, o reconhecimento da invalidez pelo INSS não dá ao segurado o direito de receber a indenização referente ao seguro de pessoas, pois a prova, além de ser relativa, utiliza-se de critérios distintos daqueles que a seguradora precisa para apurar a incapacidade garantida na apólice contratada, devendo haver a realização de perícia médica específica.

A SUSEP, perfilhando tal posicionamento, normatizou a matéria no art. 5º, parágrafo único, da Circular nº 302/2005, dispondo que a aposentadoria por invalidez concedida por instituições oficiais de previdência, ou assemelhadas, não caracteriza, por si só, o estado de invalidez permanente nos seguros de pessoas (Cobertura de Invalidez Permanente por Acidente - IPA, Cobertura de Invalidez Laborativa Permanente Total por Doença - ILPD e Cobertura de Invalidez Funcional Permanente Total por Doença - IFPD), devendo a comprovação se dar por meio de declaração médica.

Ainda que o contrato de seguro preveja cobertura para incapacidade por doença ou por acidente, se existir controvérsia quanto à natureza (temporária ou permanente) e à extensão (total, funcional ou parcial) da invalidez sustentada pelo segurado, é de rigor a produção de prova pericial médica, sob pena de caracterização de cerceamento de defesa. Isso porque a concessão de aposentadoria por invalidez pelo INSS não induz presunção absoluta da incapacidade total do segurado, não podendo, dessa forma, vincular ou obrigar as seguradoras privadas. Como cediço, a autarquia previdenciária afere apenas a incapacidade profissional ou laborativa, de modo que a aposentadoria por invalidez não é apta a demonstrar a ocorrência de riscos securitários diversos, como as incapacidades parcial, temporária ou funcional.

Vamos agora para o segundo argumento. O contrato firmado prevê que a seguradora só irá pagar a indenização se tiver havido “perda da existência independente do segurado”. Para o STJ, essa cláusula contratual é ilegal ou abusiva?

NÃO.

Para entendermos melhor o tema, é necessário distinguir o ILPD do IFPD:

Invalidez LABORATIVA Permanente Total por Doença (ILPD)	Invalidez FUNCIONAL Permanente Total por Doença (IFPD)
Na ILPD, há pagamento de indenização em caso de invalidez laborativa permanente total decorrente de doença que impossibilite a atividade laborativa principal do segurado (aquele por meio da qual o segurado obteve maior renda, dentro de determinado exercício anual definido nas condições contratuais).	Na IFPD, há pagamento de indenização em caso de invalidez decorrente de doença que cause a perda da existência independente do segurado, ocorrida quando o quadro clínico incapacitante inviabilizar de forma irreversível o pleno exercício das suas relações autonômicas (art. 17 da Circular SUSEP n. 302/2005).

Assim, a garantia de invalidez funcional não tem nenhuma vinculação com a incapacidade profissional, podendo inclusive ser contratada como uma antecipação da cobertura básica de morte.

A cobertura IFPD (invalidez funcional) é, portanto, bem mais restritiva que a cobertura ILPD (invalidez profissional ou laboral). Em outras palavras, é mais difícil receber a indenização em caso de IFPD.

Apesar disso, o STJ entende que não há abusividade ou ilegalidade. Não há ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, não se constatando também nenhuma vantagem exagerada da seguradora em detrimento do consumidor.

O que é indispensável é que os produtos sejam disponibilizados com o devido esclarecimento, ou seja, que a seguradora preste informações claras acerca do tipo de cobertura a ser contratada e suas consequências, de modo a não induzir o proponente em erro.

A tese fixada pelo STJ para o tema foi a seguinte:

Não é ilegal ou abusiva a cláusula que prevê a cobertura adicional de invalidez funcional permanente total por doença (IFPD) em contrato de seguro de vida em grupo, condicionando o pagamento da indenização securitária à perda da existência independente do segurado, comprovada por declaração médica.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.867.199-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/10/2021 (Recurso Repetitivo - Tema 1068) (Info 714).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANOS DE SAÚDE

Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*

Importante!!!

ODS 3 E 16

O art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, ao excluir a inseminação artificial do plano-referência de assistência à saúde, também excluiu a técnica de fertilização *in vitro*.

A inseminação artificial compreende a fertilização *in vitro*, bem como todas as técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino.

Isso significa que não é abusiva a negativa de custeio, pela operadora do plano de saúde, do tratamento de fertilização in vitro, quando não houver previsão contratual expressa.

Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro.

STJ. 2^a Seção. REsp 1.851.062-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/10/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1067) (Info 714).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina é cliente de um plano de saúde.

Como não estava conseguindo engravidar, Regina consultou um médico e verificou que ela sofre de endometriose e, portanto, possui dificuldades de engravidar.

Diante desse cenário, o profissional recomendou a realização de uma fertilização *in vitro*, que é uma técnica na qual a fecundação do óvulo com o espermatozoide ocorre em um laboratório de embriologia, sendo posteriormente transferido ao útero materno.

Ocorre que o plano de saúde de Regina recusou-se a custear este tratamento.

Inconformada, Regina ingressou com ação de obrigação de fazer contra o plano afirmando que a negativa foi abusiva e que este tratamento deveria ser obrigatoriamente prestado.

Vale ressaltar que no contrato assinado entre a consumidora e o plano não existe previsão expressa de cobertura deste tipo de tratamento.

O STJ concordou com os argumentos da autora? O plano de saúde é obrigado a custear o tratamento?

NÃO. O STJ entendeu que a recusa do plano de saúde não foi abusiva.

Vamos entender com calma.

Fertilização in vitro não era um tratamento para tratar a enfermidade que acomete a autora

A autora foi diagnosticada com endometriose, que é “uma doença caracterizada pela presença do endométrio – tecido que reveste o interior do útero – fora da cavidade uterina, ou seja, em outros órgãos da pelve: trompas, ovários, intestinos e bexiga.” (<https://www.gineco.com.br/saude-feminina/doencas-femininas/endometriose/>)

Segundo o Ministério da Saúde, são indicados para essa enfermidade o tratamento clínico (com uso de anticoncepcionais orais), o tratamento cirúrgico ou a combinação dos dois.

Desse modo, a fertilização *in vitro* não é um tratamento indicado para o enfrentamento desta doença. Esta técnica tem por objetivo, portanto, unicamente permitir que a autora consiga alcançar a gravidez desejada.

Reprodução assistida

Reprodução assistida é “a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.” (MALUF, Adriana Caldas do Rego Bagus, pág. 331).

Duas principais técnicas de reprodução assistida

É possível afirmar que a procriação artificial ou a reprodução humana assistida é o gênero, que pode ser realizada através de duas técnicas principais:

- a) a inseminação artificial; e
- b) a fecundação *in vitro*, também conhecida como bebê de proveta.

Inseminação artificial e fertilização in vitro

A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são, portanto, técnicas de fecundação, ou seja, tratamentos médicos que objetivam a reprodução humana. As diferenças entre elas são as seguintes:

- Inseminação artificial: consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina, sendo essa inserção feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou mediante um

cateter, por via transvaginal. Quando o sêmen é do marido/companheiro/namorado, trata-se de inseminação homóloga; quando ocorre a infertilidade também do parceiro, a inseminação é feita com o sêmen de outro homem, e se chama heteróloga.

- Fertilização *in vitro*: após a fertilização, o óvulo é mantido em uma estufa no laboratório, onde começa a correr a divisão celular. Posteriormente, o embrião resultante é colocado no útero da mulher. É aquilo que ficou conhecido popularmente como “bebê de proveta”.

Lei dos Planos de Saúde exclui a inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios

A Lei nº 9.656/98 permite que os planos de saúde neguem cobertura para inseminação artificial:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

(...)

III - inseminação artificial;

Resoluções da ANS

A ANS possui também resoluções reafirmando que a inseminação artificial está excluída do rol de procedimentos obrigatórios:

Resolução Normativa nº 192/2009

Art. 1º (...)

§ 2º A inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, definidos nos incisos III e VI do art. 13 da Resolução Normativa - RN nº 167, de 9 de janeiro de 2008, não são de cobertura obrigatória de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998 e, não estão incluídos na abrangência desta Resolução.

Resolução Normativa nº 428/2017

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência comprehende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

(...)

III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de óócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafallopiana de gameta, doação de óócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;

A Lei fala apenas em inseminação artificial e no caso concreto estava sendo pedido o custeio da fertilização *in vitro*...

É verdade. No entanto, a Resolução Normativa nº 428/2017 afirma que é permitida a exclusão não apenas da inseminação artificial, mas também de outras técnicas de reprodução assistida.

Vale ressaltar que não há qualquer razoabilidade em se entender que a inseminação artificial não precisa ser oferecida pelo plano (cobertura facultativa) e, ao mesmo tempo, a fertilização *in vitro*, que é mais cara e complexa, seja de cobertura obrigatória.

A ANS não extrapolou suas atribuições ao permitir a exclusão de outras técnicas de reprodução assistida. Isso porque a Agência tem autorização expressa para disciplinar o tema, conforme o parágrafo único do art. 35-C da Lei dos Planos:

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

(...)

III - de planejamento familiar.

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

Nesse sentido:

O art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, ao excluir a inseminação artificial do plano-referência de assistência à saúde, também excluiu a técnica de fertilização in vitro.

A inseminação artificial compreende a fertilização in vitro, bem como todas as técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino.

Isso significa que não é abusiva a negativa de custeio, pela operadora do plano de saúde, do tratamento de fertilização in vitro, quando não houver previsão contratual expressa.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.794.629/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/02/2020 (Info 667).

STJ. 4ª Turma. REsp 1.823.077-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 20/02/2020 (Info 666).

A garantia do planejamento familiar não é suficiente para obrigar os planos de saúde a custearem a fertilização in vitro

A Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, estabelece que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada.”

Na mesma linha, o Código Civil, no capítulo concernente à eficácia do casamento, expressa redação semelhante (art. 1.565, §2º, do Código Civil): “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada.”

A fim de regulamentar o dispositivo constitucional contido no art. 226, §7º, foi editada a Lei nº 9.263/96 a qual estabelece, em seu art. 2º, “que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, entendendo-se este como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

No entanto, não se pode fazer uma interpretação absolutamente abrangente desses dispositivos que falam sobre “planejamento familiar” a fim de obrigar a cobertura da fertilização *in vitro* por parte dos planos de saúde considerando que isso geraria um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

Em controvérsias deste jaez a interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimentos que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa, salvo, evidentemente, expressa previsão contratual.

Em suma:

Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*.

STJ. 2^a Seção. REsp 1.851.062-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/10/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1067) (Info 714).

Sobre o tema, vale a pena destacar o Enunciado 20, da 1^a Jornada de Direito da Saúde do CNJ:

Enunciado nº 20: A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO PRODUTO

Demonstrada, pelo consumidor, a relação de causa e efeito entre o produto e o dano, incumbe ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou a configuração de outra excludente de responsabilidade consagrada no § 3º do art. 12 do CDC

ODS 16

Caso adaptado: Carlos adquiriu um automóvel. Ainda dentro da garantia contratual, o veículo simplesmente parou de funcionar e, em seguida, começou a pegar fogo, o que ocasionou a destruição quase integral do carro. Felizmente, Carlos conseguiu se salvar com vida. Carlos ajuizou ação de responsabilidade pelo fato do produto em face da concessionária e da fabricante. Foi realizada perícia, mas o laudo pericial foi inconclusivo, não apontando a causa do incêndio, além de não ter identificado a existência de defeito na fabricação do produto. Em primeira e segunda instâncias, o pedido indenizatório não foi acolhido sob fundamento de que o consumidor não se desincumbiu do ônus probatório.

O Tribunal de 2^a instância não agiu corretamente.

O consumidor satisfaz o seu ônus probatório quando demonstra o vínculo causal entre o evento danoso e o produto. No caso, o consumidor satisfez esse ônus considerando que ficou demonstrado que o automóvel incendiou. Embora as perícias realizadas não tenham identificado a causa do incêndio, a inexistência de defeito no veículo deveria ter sido comprovada pelas fornecedoras réis, que, não o fazendo, não se eximem de responsabilidade pelo fato do produto.

STJ. 3^a Turma. REsp 1.955.890-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Carlos adquiriu um automóvel na concessionária Agulhas Negras (da marca BMW).

Ainda dentro da garantia contratual, o veículo simplesmente parou de funcionar e, em seguida, começou a pegar fogo, o que ocasionou a destruição quase integral do carro.

Felizmente, Carlos conseguiu se salvar com vida.

Carlos ajuizou ação de responsabilidade pelo fato do produto em face da concessionária Agulhas Negras e da fabricante BMW.

Foi realizada perícia, mas o laudo pericial foi inconclusivo, não apontando a causa do incêndio, além de não ter identificado a existência de defeito na fabricação do produto.

Em primeira e segunda instâncias, o pedido indenizatório não foi acolhido sob fundamento de que o consumidor não se desincumbiu do ônus probatório.

O caso chegou ao STJ.

Foi correta a decisão do TJ de origem?

NÃO.

O consumidor satisfaz o seu ônus probatório quando demonstra o vínculo causal entre o evento danoso e o produto. No caso, o consumidor satisfez esse ônus considerando que ficou demonstrado que o automóvel incendiou.

Embora as perícias realizadas não tenham identificado a causa do incêndio, a inexistência de defeito no veículo deveria ter sido comprovada pelas fornecedoras réis, que, não o fazendo, não se eximem de responsabilidade pelo fato do produto.

De acordo com o disposto no art. 12 do CDC, o fornecedor (isto é, o fabricante, produtor, construtor ou importador) responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos do produto - compreendidos aqueles decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento -, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Como se observa, a imputação da responsabilidade objetiva por defeito do produto está correlacionada à frustração da razoável expectativa de segurança do consumidor, que possui interesse, legitimamente resguardado pelo ordenamento jurídico, de que os produtos colocados no mercado de consumo não apresentem periculosidade ou nocividade a ponto de causar danos às pessoas que são expostas aos mesmos.

De fato, o CDC expressamente prevê que a proteção da vida, saúde e segurança é direito básico do consumidor (art. 6º, I), preconizando, ainda, que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não devem acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, “exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição” (art. 8º, caput).

Assim, responsabilizar-se-á o fornecedor pelo fato do produto quando este vier a causar danos ao consumidor em razão de defeito na concepção, produção, comercialização ou fornecimento, determinando-se a obrigação de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente à atuação no mercado de consumo.

O defeito, portanto, se apresenta como pressuposto especial à responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto, devendo ser averiguado conjuntamente com os demais pressupostos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam:

- a) a conduta, que, no sistema do CDC, equivale à colocação do produto no mercado ou, de algum modo, à participação na cadeia de fornecimento do produto;
- b) o nexo de causalidade entre o dano gerado ao consumidor e aquela determinada conduta de oferecimento do produto no mercado;
- c) o dano efetivamente sofrido pelo consumidor.

Em que pese responda objetivamente, ou seja, independentemente de culpa, o dever imposto ao fornecedor de indenizar os danos causados pelo acidente de consumo não é absoluto. O CDC, no parágrafo terceiro do art. 12, elenca expressamente as excludentes de responsabilidade pelo fato do produto.

É interessante observar que as causas de exclusão de responsabilidade representam, na verdade, a desconstituição do nexo causal. Vale dizer, afasta-se a responsabilidade pela comprovação da ausência de nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor no mercado de consumo e o dano eventualmente suportado pelo consumidor.

Cabe anotar, no entanto, que o ônus da prova, nessa seara, é do fornecedor do produto. Para se exonerar da responsabilidade, a ele compete provar, cabalmente, alguma das hipóteses previstas no art. 12, § 3º, do CDC:

Art. 12 (...)

- § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
- I - que não colocou o produto no mercado;
 - II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
 - III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, na ação de responsabilidade pelo fato do produto, o consumidor se desincumbe de seu ônus probatório ao demonstrar que o acidente de consumo derivou do produto posto em circulação pelo fornecedor, o qual, para se eximir da responsabilização, deve comprovar, de forma categórica, que o produto não apresentou defeito.

Em suma:

Demonstrada, pelo consumidor, a relação de causa e efeito entre o produto e o dano, incumbe ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou a configuração de outra excludente de responsabilidade consagrada no § 3º do art. 12 do CDC.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.955.890-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

ECA

PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O juízo da comarca de domicílio do adolescente pode conferir autorização para que ele participe de apresentações artísticas inclusive em outras comarcas

A autorização judicial para participação de adolescente em espetáculo público em diversas comarcas deve ser concentrada na competência do juízo do seu domicílio, que solicitará providências e informações aos demais juízos, onde ocorra apresentação, quanto ao cumprimento das diretrizes previamente fixadas.

Caso concreto: Lucas, adolescente, realiza shows como DJ (disc-jockey) em várias cidades. Ocorre que, em cada comarca que Lucas vai se apresentar, há a necessidade de uma nova autorização judicial (alvará judicial) para que ele participe do espetáculo público. Nem sempre isso é rápido e tem atrapalhado as suas apresentações artísticas.

O STJ decidiu que:

- não é possível que seja concedida autorização judicial ampla, geral e irrestrita, para que o adolescente participe de espetáculos públicos até que atinja a sua maioridade civil;
- por outro lado, não é necessário que o adolescente formule pedidos individuais, a serem examinados e decididos em cada comarca em que ocorrerá a respectiva apresentação;
- é possível que o juízo da comarca do domicílio do adolescente (art. 147 do ECA), conceda uma autorização para que o menor participe dos espetáculos públicos, inclusive em outras comarcas, estabelecendo previamente diretrizes mínimas para a participação.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.947.740-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

Crianças e adolescentes podem trabalhar?

O art. 7º, XXXIII, da CF/88 prevê que:

- criança não pode trabalhar;
- adolescente pode trabalhar a partir de 14 anos, na condição de aprendiz;
- a partir de 16 anos, o adolescente pode trabalhar normalmente (mesmo sem ser aprendiz), salvo se for um trabalho noturno, perigoso ou insalubre;
- trabalho noturno, perigoso ou insalubre só pode ser realizado por maiores de 18 anos.

Alguns de vocês podem estar se perguntando: mas eu já vi criança “trabalhando” em filmes e novelas... Como isso é possível? É permitido que uma criança ou adolescente “trabalhe” em um filme, novela, peça de teatro etc.? É possível a participação de crianças e adolescentes em espetáculos artísticos?

SIM. A doutrina e a jurisprudência entendem que é possível o trabalho de crianças e adolescentes em espetáculos artísticos, mesmo antes da idade mínima prevista no art. 7º, XXXIII, da CF/88.

Um dos fundamentos para isso está no artigo 8º, 1, da Convenção 138 da OIT, que autoriza a participação de crianças e adolescentes em “representações artísticas”.

Exige-se alguma autorização especial para isso?

SIM. O ECA (Lei nº 8.069/90) exige um pronunciamento judicial para esses casos. Confira:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

(...)

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

(...)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

a) os princípios desta Lei;

b) as peculiaridades locais;

c) a existência de instalações adequadas;

d) o tipo de frequência habitual ao local;

e) a adequação do ambiente a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;

f) a natureza do espetáculo.

(...)

De quem é a competência para conferir essa autorização?

Da Vara da Infância e Juventude (Justiça Estadual). Veja o que diz o art. 146 do ECA:

Art. 146. A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local.

Compete à Justiça Comum Estadual (juízo da infância e juventude) apreciar os pedidos de alvará visando a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas.

STF. Plenário. ADI 5326/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/9/2018 (Info 917).

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

Lucas, adolescente (13 anos de idade), realiza shows como DJ (disc-jockey) em várias cidades.

Ocorre que, em cada comarca que Lucas vai se apresentar, há a necessidade de uma nova autorização judicial (alvará judicial) para que ele participe do espetáculo público. Nem sempre isso é rápido e tem atrapalhado as suas apresentações artísticas.

Os pais de Lucas procuraram você para que, na condição de advogada(o), encontrem uma solução jurídica para o caso.

Primeira pergunta: é possível que Lucas consiga uma autorização judicial para o exercício da atividade profissional de mais ampla, uma que dure até ele atingir a maioridade?

NÃO.

O STJ entende que o § 2º do art. 149 do ECA proíbe a concessão de autorização judicial ampla, geral e irrestrita, para que o adolescente participe de espetáculos públicos até que atinja a sua maioridade civil:

Art. 149 (...)

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Nesse sentido:

A partir da interpretação do art. 149, §2º, do ECA, conclui-se ser expressamente vedada a concessão de autorização judicial ampla, geral e irrestrita, para que o adolescente participe de espetáculos públicos até que atinja a sua maioridade civil, ainda que se faça acompanhar por seus pais ou responsáveis.

STJ. 3ª Turma. REsp 1947740/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021.

Para o STJ, essa espécie de autorização ampla significaria transferir os poderes de decisão totalmente aos pais, sem nenhuma espécie de controle externo, o que comprometeria o adequado desenvolvimento da criança e do adolescente, transformando algo que deveria ser uma atividade complementar, lúdica e de desenvolvimento de habilidades inatas, em uma verdadeira atividade laboral ou profissional prematura e exploratória, que não se coaduna com os princípios protetivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, não adianta formular esse pedido.

Então, os pais de Lucas vão ter que realmente formular pedidos individuais em cada uma das comarcas onde ele se apresentar?

NÃO. O STJ adotou um meio-termo.

Para o STJ, embora a regra do art. 149, §2º, do ECA, impeça a concessão de uma autorização judicial ampla, geral e irrestrita até a maioridade civil, não há óbice para que se acolha o pedido de autorização em menor extensão, estabelecendo-se previamente os critérios básicos para o desenvolvimento da atividade de disc-jockey pelo adolescente, especialmente na hipótese em que a atividade se desenvolve de maneira contínua (com repetitividade), mas diversa (com múltiplas possibilidades de públicos, eventos, horários, localizações etc.).

É possível, portanto, que o juízo do domicílio da residência do adolescente, ouvidos o Ministério Público, os pais e até equipe multidisciplinar, autorize as apresentações artísticas e estabeleça:

- a) a periodicidade dos eventos em que o adolescente estará autorizado a participar (semanalmente, quinzenalmente, mensalmente etc.);
- b) eventuais vedações a eventos em determinados dias (durante a semana, em feriados etc.) ou horários (às noites ou em madrugadas etc.);
- c) eventuais restrições de público, espaço, infraestrutura etc.

Essa autorização deve ser estabelecida por determinado lapso temporal, sem prejuízo do reexame e aprimoramento dessas condicionantes ou diretrizes a qualquer tempo, inclusive com a possibilidade de revogação da autorização na hipótese de descumprimento dos parâmetros fixados.

Competência do juízo do domicílio do adolescente

A competência do juízo do domicílio do adolescente é fixada com base no art. 147 do ECA:

Art. 147. A competência será determinada:

- I - pelo domicílio dos pais ou responsável;
- II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

A fixação da competência do juízo da comarca do domicílio do adolescente para a concessão de autorização judicial que permita a apresentação em espetáculos públicos decorre da proximidade e do conhecimento existente entre o juízo e a entidade familiar e da necessidade de fixação de critérios uniformes para a concessão da autorização.

O hipotético prejuízo decorrente da concentração da competência do juízo da comarca do domicílio do adolescente para autorizar a participação em espetáculos públicos, em especial em comarcas distintas, pode ser drasticamente reduzido, até mesmo eliminado, mediante o uso adequado do instituto da

cooperação judiciária nacional (arts. 67 a 69, do CPC/2015), que permite, de maneira simplificada e pela via do auxílio direto, o cumprimento de providências e o atendimento de solicitações entre juízos distintos. Dessa forma, o juízo da comarca do domicílio do adolescente poderá, de maneira muito mais simples e objetiva, solicitar providências ou obter informações a quaisquer outros juízos de comarcas em que a parte se apresentar, seja antes ou após o evento, a fim de verificar se as diretrizes estabelecidas estão sendo fielmente cumpridas, se há necessidade de ajustes ou aprimoramentos e, enfim, se está sendo concretizado o princípio do melhor interesse.

Em suma:

A autorização judicial para participação de adolescente em espetáculo público em diversas comarcas deve ser concentrada na competência do juízo do seu domicílio, que solicitará providências e informações aos demais juízos, onde ocorra apresentação, quanto ao cumprimento das diretrizes previamente fixadas.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.947.740-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

RECURSOS (HONORÁRIOS RECURSAIS)

Se o réu recorreu contra sentença que favoreceu litisconsortes ativos facultativos simples e o Tribunal deu provimento ao recurso no que tange a apenas alguns dos litisconsortes, haverá condenação em honorários recursais quanto aos demais

ODS 16

Na cumulação simples subjetiva de pedidos, o provimento do recurso que apenas atinge o pedido de um dos litisconsortes facultativos não impede a fixação de honorários recursais em relação aos pedidos autônomos do demais litisconsortes, que se mantiveram intactos após o julgamento.

Caso concreto: João, Maria e Sérgio ajuizaram, em litisconsórcio ativo facultativo simples, ação de indenização contra o hospital pedindo reparação por danos morais. O juiz julgou os pedidos procedentes e fixou R\$ 15 mil em favor de cada autor. O hospital recorreu. O TJ reduziu a indenização fixada em favor de João (para R\$ 10 mil). Por outro lado, rejeitou o pedido de redução do recorrente no que tange à indenização fixada para Maria e Sérgio.

Neste cenário, podemos concluir que a apelação do hospital:

- foi parcialmente provida no que tange ao autor João;
- foi integralmente desprovida no que se refere aos autores Maria e Sérgio.

Nesse caso:

- não deverá haver condenação em honorários recursais no que tange ao provimento parcial;
- por outro lado, deverá existir a fixação de honorários recursais em relação aos pedidos autônomos formulados pelos demais litisconsortes e que se mantiveram absolutamente intactos após o julgamento.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.954.472-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Maria deu à luz a Sérgio. Ainda na maternidade, Maria foi ferida por uma agulha indevidamente deixada no leito. Em virtude do ferimento e do risco de contágio por alguma doença, Maria ficou impossibilitada de amamentar o filho.

Diante desse cenário, João (pai), Maria (mãe) e Sérgio (filho) ajuizaram, em litisconsórcio ativo facultativo simples, ação de indenização contra o hospital pedindo reparação por danos morais.

O juiz julgou os pedidos procedentes e fixou R\$ 15 mil em favor de cada autor, além de condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais de 10% sobre o valor da condenação:

Parte	Condenação	Honorários advocatícios
João (pai)	R\$ 15 mil	10% do valor da condenação
Maria (mãe)	R\$ 15 mil	
Sérgio (filho)	R\$ 15 mil	

Apelação

Tanto os autores como a ré interpuseram apelação.

Os autores pleitearam a majoração das condenações em danos morais e dos honorários advocatícios.

A ré, por sua vez, pleiteou a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos ou, subsidiariamente, para reduzir os valores relativos aos danos morais.

O Tribunal de Justiça deu parcial provimento à apelação para:

- reduzir em R\$ 5 mil o valor da indenização por danos morais fixados em favor de João; e
- para aumentar para R\$ 20 mil o valor da indenização devida a Sérgio.

A condenação em custas e honorários foi mantida.

Ficou assim, portanto:

Parte	Condenação	Honorários sucumbenciais
João (pai)	R\$ 5 mil	10% do valor da condenação
Maria (mãe)	R\$ 15 mil	
Sérgio (filho)	R\$ 20 mil	

Recurso especial do advogado dos autores

Carlos, advogado dos autores, interpôs recurso especial afirmando que:

- o TJ negou provimento ao recurso da empresa no que tange à Maria e Sérgio;
- logo, a empresa foi novamente sucumbente com relação a esses autores;
- desse modo, o TJ deveria ter condenado a ré ao pagamento de honorários recursais, aumentando os honorários devidos de 10% para 15%, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC:

Art. 85 (...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

O pedido de Carlos foi acolhido pelo STJ? É possível a fixação de honorários recursais neste caso?

SIM.

Vale ressaltar que, se houve o provimento ainda que parcial do recurso, isso já é suficiente para afastar a condenação em honorários recursais. Isso significa que, se a parte recorrente conseguiu algum ganho com o recurso (provimento parcial), não se aplica o § 11 do art. 85 do CPC/2015):

O provimento do recurso especial, ainda que parcial, é suficiente para afastar a incidência do art. 85, §11, do CPC/15, regra que apenas se aplicará nas hipóteses de inadmissão ou de desprovimento integral do recurso interposto.

STJ. 3ª Turma. EDcl no REsp 1845416/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021.

Se pensarmos por esse lado, o pedido do advogado deveria ser negado considerando que a empresa teve êxito recursal no que tange à indenização fixada em favor de João. Em outras palavras, o recurso da empresa teve parcial provimento. Logo, sob esse fundamento, não há que se falar em majoração dos honorários.

Porém, o caso tem uma peculiaridade: a partir de um fato comum (ferimento da mãe com material perfurocortante deixado em seu leito após o parto), os três litisconsortes ativos formularam pedidos de danos morais, cada qual fundado em uma distinta causa de pedir.

O pai e a mãe pleitearam a reparação de danos morais em virtude do abalo psíquico que sofreram, ambos, com a suspeita de doenças graves, inclusive HIV, que poderiam acometer à mãe e, consequentemente, o próprio casal.

A mãe e a criança pleitearam, ainda, a reparação de danos morais em razão de terem sido privados dos momentos de aleitamento materno, que somente puderam ser iniciados após três meses do nascimento. A mãe, exclusivamente, pleiteou a reparação de danos morais pelas reações adversas severas e graves que experimentou a partir da ingestão do medicamento destinado, preventivamente, ao combate do vírus HIV.

Como se pode ser classificada essa cumulação de pedidos?

Trata-se de cumulação de pedidos, que, na hipótese, pode ser classificada como própria, subjetiva e simples. Vejamos o que isso significa:

- própria**: porque os autores pretendem o acolhimento de todos os pedidos de reparação de danos morais de modo concomitante. Obs: a cumulação imprópria ocorre quando se formula vários pedidos, mas se pretende que apenas um deles seja atendido.
- subjetiva**: porque a ampliação decorrente da cumulação dos pedidos se operou no polo da ação, formando-se, na hipótese, um litisconsórcio ativo.
- simples**: porque o litisconsórcio formado pela família no polo ativo é simples, considerando que o destino das respectivas pretensões é absolutamente independente e autônomo. Em outras palavras, não é porque a mãe tem direito à indenização que o pai necessariamente também terá.

Existe, no caso concreto, uma independência entre os pedidos. O julgamento de um pedido independe por completo da resolução do outro.

As ações cumulativamente ajuizadas pelos autores em litisconsórcio ativo facultativo simples poderiam ser objeto de três ações distintas, mas o foram em uma única ação porque a legislação assim autoriza, em observância aos princípios da economia processual, da celeridade e da razoável duração do processo.

Disso decorre o fato de que a autonomia e a independência dos pedidos cumulativamente formulados também possui reflexos na fase recursal, pois, ainda que o hospital réu tenha apresentado, do ponto de vista formal, uma única apelação em face da sentença que julgou procedentes os pedidos em favor de todos os autores, fato é que o resultado do julgamento daquele recurso deve ser individualizado.

Tendo isso em mente, podemos concluir que a apelação do hospital:

- foi parcialmente provida no que tange ao autor João;
- foi integralmente desprovida no que se refere aos autores Maria e Sério.

Nesse caso:

- não deverá haver condenação em honorários recursais no que tange ao provimento parcial;
- por outro lado, deverá existir a fixação de honorários recursais em relação aos pedidos autônomos formulados pelos demais litisconsortes e que se mantiveram absolutamente intactos após o julgamento.

Na hipótese em exame, verifica-se que o hospital, diante da sentença de procedência de todos os pedidos formulados pelos autores, poderia, a seu livre arbítrio, impugnar toda a condenação que lhe fora imposta ou apenas parte dela, inclusive apenas em relação a somente a algum ou alguns dos autores.

Como optou por impugnar integralmente a sentença, o hospital, evidentemente, assumiu o risco de que o seu recurso viesse a ser integralmente desprovido em relação a algum ou alguns dos litisconsortes facultativos simples, o que confirma a incidência, nessa hipótese, dos honorários advocatícios recursais.

Diante disso, o STJ determinou a majoração dos honorários advocatícios devidos na apelação, de 10% para 15%, especificamente sobre os valores das condenações de que são beneficiários os autores Maria e Sérgio.

Conclusão do julgado:

Na cumulação simples subjetiva de pedidos, o provimento do recurso que apenas atinge o pedido de um dos litisconsortes facultativos não impede a fixação de honorários recursais em relação aos pedidos autônomos do demais litisconsortes, que se mantiveram intactos após o julgamento.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.954.472-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

RECURSOS

Para a adequação de determinado julgado, após a modulação dos efeitos de decisão pelo STF, é necessário que o recurso tenha sido conhecido e que haja relação entre o objeto recursal e o fato superveniente

ODS 16

Caso concreto: em janeiro de 2018, uma empresa ajuizou ação pedindo para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Em abril de 2018, o juiz prolatou sentença julgando procedente o pedido da contribuinte, aplicando a decisão do STF no RE 574706/PR. Em fevereiro de 2020, o TRF manteve a sentença. Em março de 2020, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração dizendo que o TRF deveria sobrestar o processo porque a União havia pedido ao STF a modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 574706/PR e o Supremo ainda não havia apreciado esse pedido. Logo, era mais recomendável esperar. Em junho de 2020, o TRF rejeitou os embargos e a Fazenda Nacional interpôs recurso especial. O Vice-Presidente do TRF negou seguimento ao recurso especial sob o argumento de que o Tribunal decidiu a controvérsia sob enfoque eminentemente constitucional. Assim, o Vice-Presidente do TRF entendeu que seria inviável a análise da questão, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. A Fazenda Pública interpôs, então, agravo em recurso especial. Em 17/03/2021, o Presidente do STJ negou provimento ao agravo. A Fazenda Pública interpôs agravo interno contra a decisão do Presidente do STJ. A 2ª Turma do STJ negou provimento ao agravo. Em 11/06/2021, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração alegando que houve um fato superveniente. Isso porque o STF, no dia 13/05/2021, modulou os efeitos da decisão proferida no RE 574706 ED/PR. Logo, para a Fazenda Pública, o STJ deveria rever sua decisão e aplicar a modulação dos efeitos.

O STJ não concordou. Não é possível aplicar a modulação dos efeitos porque o recurso especial não havia sido conhecido.

STJ. 2ª Turma. EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102-SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

RE 574706 ED/PR

Para entendermos esse julgado do STJ, é importante, primeiramente, relembrarmos o que o STF decidiu no RE 574706 ED/PR.

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa "XX" (vendedora de mercadorias) é contribuinte de PIS/COFINS. Com as mercadorias vendidas em maio, o total das receitas auferidas pela empresa no mês foi R\$ 100 mil. O fisco cobrou o PIS/PASEP e COFINS com base nesse valor (alíquota x 100 mil = tributo devido). A empresa não concordou e afirmou que, dos R\$ 100 mil que ela recebeu, ficou apenas com R\$ 75 mil, considerando que R\$ 25 mil foram repassados ao Estado-membro a título de pagamento de ICMS. Em suma, para a empresa, a quantia paga a título de ICMS não pode ser incluída na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS.

A tese da empresa foi acolhida pelo STF?

SIM. O ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

STF. Plenário. RE 574706/PR, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 15/3/2017 (Repercussão Geral – Tema 69) (Info 857).

A inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturariam ICMS, o que não ocorre.

O ICMS apenas circula pela contabilidade da empresa, ou seja, tais valores entram no caixa (em razão do preço total pago pelo consumidor), mas não pertencem ao sujeito passivo, já que ele irá repassar ao Fisco. Em outras palavras, o montante de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do DF.

Dessa forma, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento (nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa. Por essa razão, não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS ou a COFINS.

Assim, o STF decidiu a favor dos contribuintes (contra o Fisco).

Qual é a posição do STJ sobre o tema?

O STJ possuía entendimento consolidado em sentido contrário, mas, diante da decisão do STF em repercussão geral, teve que se curvar à posição do Supremo. Assim, o STJ decidiu que:

Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.100.739-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 27/02/2018 (Info 621).

Desse modo, o STJ possuía posição favorável à Fazenda Nacional (Fisco) e teve que passar a decidir contra o Fisco depois do acórdão do STF.

Modulação dos efeitos

Ao apreciar embargos de declaração opostos contra o acórdão, o STF decidiu modular os efeitos da decisão proferida no RE 574706 ED/PR. Veja o que ficou assentado:

A tese, com repercussão geral, fixada no julgamento do RE 574706 ("O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins") produz efeitos a partir de 15/3/2017 (data da sessão de julgamento), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

STF. Plenário. RE 574706 ED/PR, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 13/5/2021 (Info 1017).

Assim, o STF falou o seguinte: para preservar a segurança jurídica do Fisco, esse entendimento (contrário à Fazenda) só produz efeitos a partir de 15/03/2017.

SITUAÇÃO ENFRENTADA PELO STJ

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Em janeiro de 2018, uma empresa ajuizou ação pedindo para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Em abril de 2018, o juiz prolatou sentença julgando procedente o pedido da contribuinte, aplicando a decisão do STF no RE 574706/PR.

Em fevereiro de 2020, o TRF manteve a sentença.

Em março de 2020, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração dizendo que o TRF deveria sobrestrar o processo porque a União havia pedido ao STF a modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 574706/PR e o Supremo ainda não havia apreciado esse pedido. Logo, era mais recomendável esperar.

Em junho de 2020, o TRF rejeitou os embargos e a Fazenda Nacional interpôs recurso especial.

O Vice-Presidente do TRF negou seguimento ao recurso especial sob o argumento de que o Tribunal decidiu a controvérsia sob enfoque eminentemente constitucional. Assim, o Vice-Presidente do TRF entendeu que seria inviável a análise da questão, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF.

A Fazenda Pública interpôs, então, agravo em recurso especial.

Em 17/03/2021, o Presidente do STJ negou provimento ao agravo.

A Fazenda Pública interpôs agravo interno contra a decisão do Presidente do STJ.

A 2ª Turma do STJ negou provimento ao agravo.

Em 11/06/2021, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração alegando que houve um fato superveniente. Isso porque o STF, no dia 13/05/2021, modulou os efeitos da decisão proferida no RE 574706 ED/PR. Logo, para a Fazenda Pública, o STJ deveria rever sua decisão e aplicar a modulação dos efeitos.

A argumentação da Fazenda Nacional foi acolhida pelo STJ?

NÃO.

A questão controvertida trata sobre a ocorrência de fato novo superveniente, relativo ao julgamento, pelo STF, dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR.

Quanto à questão, em 13/05/2021, o Plenário do STF, por maioria, acolheu, em parte, os Embargos de Declaração opostos, pela Fazenda Nacional, apenas “para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15/03/2017 (...), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito”.

Assim, a rigor, a modulação apanharia o presente feito, impetrado em 31/01/2018, ou seja, data posterior ao termo inicial de produção de efeitos da tese fixada pelo STF.

Não obstante isso, neste momento processual, é tecnicamente inviável a aplicação da modulação de efeitos, pelo STJ, na forma decidida pelo STF, ou a determinação da remessa dos autos à origem, para que o faça. Isso porque em sede extraordinária, o art. 493 do CPC/2015 “admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do recurso especial, este Tribunal for julgar a causa” (AgInt no AREsp 850.277/MS, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11/09/2018), o que não se verifica, na espécie, haja vista que, no mérito, o STJ não conheceu do recurso especial, ante a natureza constitucional da controvérsia.

Assim, para o reconhecimento de fato superveniente, é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e o aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Desse modo, aplicar a modulação de efeitos, na espécie, ou determinar que o Tribunal de origem o faça, implicaria ofensa à coisa julgada.

Em suma:

Para a adequação de determinado julgado, após a modulação dos efeitos de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário que o recurso tenha sido conhecido e que haja relação entre o objeto recursal e o fato superveniente.

STJ. 2ª Turma. EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102-SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

DIREITO PENAL**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

Se a prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º do CP for paga à vítima (o que é a prioridade), esse valor deverá ser abatido da quantia fixada como reparação dos danos (art. 387, IV, do CPP)

Importante!!!

ODS 16

A partir de uma interpretação teleológica, pode-se concluir que o art. 45, § 1º, do CP previu uma ordem sucessiva de preferência entre os beneficiários elencados. Assim, havendo vítima determinada, o valor fixado como prestação pecuniária deve ser a ela destinado. Se não houver vítima, quem recebe são seus dependentes ou a entidade pública ou privada.

A prestação pecuniária prevista no art. 45, §1º, do CP pode ser compensada com o montante fixado com fundamento no art. 387, IV, do CPP, ante a coincidência de beneficiários.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.882.059-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 19/10/2021 (Info 714).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado, por estelionato majorado (art. 171, § 3º, do CP), à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos:

- a) prestação de serviços à comunidade; e
- b) prestação pecuniária no valor de R\$ 2.000,00 a ser pago em favor de uma instituição de caridade.

Essa prestação pecuniária foi fixada com base no art. 45, § 1º, do CP:

Art. 45 (...)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Além disso, o juiz, na sentença, condenou o réu a pagar R\$ 6.000,00 à vítima, a título de reparação dos danos, com fundamento no art. 387, IV, do CPP:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Esse valor foi fixado com base nos danos que a vítima comprovadamente sofreu.

Recurso

João recorreu formulando dois pedidos:

- a) quanto à prestação pecuniária, o réu pediu para que o dinheiro fosse revertido em favor da vítima (e não para a entidade benficiante). Assim, pediu para pagar os R\$ 2.000,00 para a vítima;

b) o valor pago a título de prestação pecuniária em favor da vítima deverá ser abatido (compensado) em relação à reparação dos danos. Desse modo, depois de pagar os R\$ 2.000,00 (prestação pecuniária), o réu somente teria que pagar R\$ 4.000,00 a título de reparação dos danos ($6.000 - 2.000 = 4.000$).

O primeiro pedido de João foi acolhido pelo STJ?

SIM.

A partir de uma interpretação teleológica, pode-se concluir que o art. 45, § 1º, do CP previu uma ordem sucessiva de preferência entre os beneficiários elencados.

Assim, havendo vítima determinada, o valor fixado como prestação pecuniária deve ser a ela destinado. Se não houver vítima, quem recebe são seus dependentes ou a entidade pública ou privada.

Nesse sentido:

“O dispositivo legal contém uma relação preferencial. Assim, os dependentes somente serão destinatários na ausência da vítima. E as entidades, na falta da vítima e de seus dependentes.” (MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Método, 2019, p. 1046).

O art. 45, § 1º, do Código Penal, estabelece, em ordem sucessiva, quem são os beneficiários da prestação pecuniária substitutiva: Vítima, seus dependentes, entidade pública com destinação social ou entidade privada com a mesma finalidade.

STJ. 6ª Turma. REsp 1905918/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 14/5/2021.

No caso concreto, como há vítima determinada, impõe-se que o valor estipulado para prestação pecuniária seja a ela destinado.

O segundo argumento de João foi acolhido pelo STJ?

SIM.

O art. 45, § 1º, do CP prevê que a prestação pecuniária tem natureza de pena (restritiva de direitos). Contudo, além disso, possui finalidade nitidamente reparatória (cível). Isso fica muito claro pela redação do dispositivo que fala que a prestação pecuniária “consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social”.

Tanto isso é verdade, que a jurisprudência do STJ afirma que esta pena restritiva de direitos deve manter correspondência com o prejuízo causado pelo delito, o que reforça seu caráter reparatório.

O art. 387, IV, do CPP, por sua vez, visa assegurar a reparação cível dos danos causados pela infração penal, representando nítida antecipação efetuada pelo juiz criminal.

Assim, explicitada a natureza jurídica dos institutos, em razão da finalidade reparatória presente em ambas disposições legais e, ainda, diante da coincidência de beneficiários (vítima), impõe-se a dedução do montante fixado a título de reparação de danos - art. 387, IV, do Código de Processo Penal, do que foi estipulado a critério de prestação pecuniária substitutiva - art. 45, § 1º, do Código Penal.

Vale ressaltar, por fim, que o próprio § 1º do art. 45 do CP deixa clara essa possibilidade de compensação: “O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

A prestação pecuniária prevista no art. 45, §1º, do Código Penal pode ser compensada com o montante fixado com fundamento no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, ante a coincidência de beneficiários.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.882.059-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 19/10/2021 (Info 714).

CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

Em tese, seria cabível revisão criminal para aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aos condenados pelos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP

ODS 16

É cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, para aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

STJ. 3ª Seção. RvCr 5.627-DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 13/10/2021 (Info 714).

Essa decisão do STJ não tem mais relevância. Isso porque o STF decidiu de forma ligeiramente diferente do STJ.

O STF afirmou que:

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

STF. Plenário. RE 979962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 1003) (Info 1011).

Desse modo, a decisão do STJ acima explicada perde relevância porque não se aplica a pena do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006. Deverá ser aplicado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

O julgado que irei analisar agora diz respeito ao art. 273, § 1º-B do Código Penal. No entanto, com o intuito de melhor compreender o que foi decidido vou fazer uma revisão geral sobre o art. 273, que é um dispositivo frequentemente cobrado nas provas de concurso.

CRIME DO CAPUT: O DELITO DO “FALSIFICADOR” DO PRODUTO

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (**Redação dada pela Lei nº 9.677/98**)

Em que consiste o crime do caput:

- O sujeito ativo do crime (que pode ser qualquer pessoa)
- falsifica (imita fraudulentemente o original)
- corrompe (altera para pior)
- adultera (deturpa)
- ou altera (muda de qualquer outra forma)
- produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Exemplo: João possui um laboratório clandestino no qual ele falsifica o remédio Viagra para depois vendê-lo no mercado paralelo.

Conceito de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (§ 1º-A)

O *caput* do art. 273 fala em produtos terapêuticos ou medicinais. Quando você lê essa expressão, pensa logo em remédios e outros medicamentos. Isso está certo. Remédios e medicamentos estão incluídos aí. Ocorre que o legislador resolveu ampliar ainda mais essa expressão e incluiu no âmbito de proteção do tipo penal outros produtos além de medicamentos. Veja o que diz o § 1º-A do art. 273:

§ 1º-A Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

Desse modo, quando o art. 273 pune a pessoa que falsificar, adulterar etc. produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, ele está incluindo os seguintes produtos:

- medicamentos;
- matérias-primas utilizadas para fazer produtos terapêuticos ou medicinais;
- insumos farmacêuticos (substâncias utilizadas para produzir medicamentos);
- cosméticos (exs: batons, sombra, cremes de beleza etc.);
- saneantes (substâncias destinadas à higienização, desinfecção etc., como é o caso de detergentes, alvejantes, desinfetantes, inseticida, entre outros).
- produtos de uso em diagnóstico (substâncias utilizadas para detecção de doenças).

Discussão sobre a constitucionalidade desse § 1º-A

A justificativa para o legislador ter incluído outros produtos como cosméticos e alvejantes nesta expressão é a de que tais substâncias direta ou indiretamente poderão afetar a saúde humana, assim como os medicamentos. Se uma mulher utiliza um creme facial falsificado, por exemplo, isso poderá causar efeitos nocivos em sua pele e até outros problemas de saúde mais graves, como infecções etc. O mesmo pode acontecer com alvejantes que tenham sido adulterados. Daí o motivo de o legislador ter punido com o mesmo rigor quem falsifica tais produtos.

O argumento acima exposto não convence, contudo, boa parte da doutrina.

O § 1º-A do art. 273 foi inserido ao Código pela Lei nº 9.677/98 e muitos autores afirmam que essa inclusão foi inconstitucional por afrontar o princípio da proporcionalidade. Alberto Silva Franco, por exemplo, sustenta que não há como equiparar a falsificação de medicamentos com a de cosméticos, sendo a primeira conduta muito mais grave que a segunda, recebendo, no entanto, a mesma punição. Haveria, portanto, uma violação ao princípio da proporcionalidade. Essa é a posição também de Luiz Régis Prado, ambos citados por MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*, Vol. 3, p. 328.

Apesar da crítica doutrinária, não existe julgado do STJ ou do STF declarando inconstitucional essa equiparação, de forma que, para fins de concurso, esse § 1º-A continua válido e aplicável, especialmente em provas objetivas. Em provas discursivas, práticas e orais, em especial da Defensoria Pública, penso que vale a pena fazer o registro sobre essa importante posição doutrinária.

CRIME DO § 1º: O DELITO DO “VENDEDOR” DE PRODUTO FALSIFICADO

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Neste § 1º a lei pune não o agente que falsificou, corrompeu, adulterou ou alterou o produto. Isso é sancionado pelo caput. Aqui no § 1º o Código pune a pessoa que:

- vende (formal ou informalmente)
- expõe à venda (quando a polícia chega no local, o agente não está vendendo, mas o produto está na prateleira, p. ex.)
- tem em depósito para vender (quando os fiscais da ANVISA chegam, encontram vários produtos no estoque, p. ex.)
- distribui (repassa para outras pessoas)
- ou entrega a consumo (fornecendo, ainda que gratuitamente, para alguém usar/consumir)
- produto terapêutico ou medicinal falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Desse modo, o agente do § 1º é o segundo elo da cadeia criminosa. João possui um laboratório clandestino no qual ele falsifica o remédio Viagra; após estarem prontos, os medicamentos são repassados para Pedro, que os vende no centro da cidade em uma drogaria clandestina. João responderá pelo caput e Pedro pelo § 1º.

Obs: quando este § 1º fala em “produto”, devemos entender o conceito amplo dado pelo § 1º-A. Assim, quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender um cosmético ou um saneante falsificado, por exemplo, responderá pelo crime do art. 273, § 1º do CP.

CRIME DO § 1º-B: O DELITO DO “VENDEDOR” DE PRODUTO EQUIPARADO A FALSIFICADO

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Lei 9.677/98

O § 1º-B foi inserido no art. 273 do CP por força da Lei nº 9.677/98.

O objetivo do legislador foi o de punir pessoas que vendem determinados “produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais” e que, embora não se possa dizer que sejam falsificados, estão em determinadas condições que fazem com que seu uso seja potencialmente perigoso para a população.

Em simples palavras, o legislador disse o seguinte: se o produto for vendido nas condições listadas nos incisos do § 1º-B, a pessoa que vendeu será punida como se ele fosse falsificado. Foi feita uma presunção de que comercializar produtos terapêuticos ou medicinais nas condições do § 1º-B é tão perigoso como vender produtos falsificados.

Em que consiste o delito do § 1º-B:

No § 1º-B a lei pune o agente que:

- vende (formal ou informalmente)
- expõe à venda (quando a polícia chega no local, o agente não está vendendo, mas o produto está na prateleira, p. ex.)
- tem em depósito para vender (quando os fiscais da ANVISA chegam, encontram vários produtos no estoque, p. ex.)
- distribui (repassa para outras pessoas)
- ou entrega a consumo (fornece, ainda que gratuitamente, para alguém usar/consumir)
- produto terapêutico ou medicinal que se enquadre em um dos incisos do § 1º-B.

Inciso I: produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente

Existem determinados produtos terapêuticos ou medicinais que só podem ser comercializados se forem previamente registrados e aprovados pelos órgãos de vigilância sanitária.

Esse registro é feito na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que é uma autarquia federal, sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde.

Para a configuração do crime previsto no art. 273, §§ 1º e 1º B, I, não se exige perícia, bastando a ausência de registro na ANVISA, obrigatório na hipótese de insumos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. STJ. 5ª Turma. HC 177.972-BA, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 28/8/2012.

Inciso II: produto em desacordo com a fórmula constante do registro no órgão de vigilância sanitária

Ocorre quando o sujeito vende, expõe à venda etc. produto que foi registrado na ANVISA, mas a fórmula dele está diferente daquela que foi registrada.

Inciso III: produto sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização

A ANVISA possui resoluções nas quais impõe as características de identidade e qualidade que os produtos terapêuticos ou medicinais precisam possuir para serem comercializados.

Caso o sujeito venda, exponha à venda etc. produto que não atenda a essas normas técnicas da ANVISA, ele responderá por este crime.

Inciso IV: produto com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade

Em palavras simples, valor terapêutico de um medicamento é o seu grau de eficácia para aliviar ou curar a doença apresentada pelo paciente.

Aqui também terão que ser considerados aspectos técnicos disciplinados pela ANVISA.

Inciso V: produto de procedência ignorada

Pune-se o agente que vende produto terapêutico ou medicinal cuja origem se desconhece.

Ex: sujeito que vende um medicamento importado, mas no rótulo não se informa em qual país foi produzido.

Inciso VI: produto adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente

Os estabelecimentos que produzem produtos terapêuticos ou medicinais precisam também de registro na ANVISA. Assim, se uma empresa produz medicamentos fitoterápicos industrializados, por exemplo, ela precisa estar registrada na ANVISA. Imagine que esta empresa não esteja e que João compre os produtos e os revenda em sua drogaria. João responderá pelo inciso VI, e os responsáveis pela empresa pelo inciso I.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA PREVISTA PARA O § 1º-B DO CP

Como vimos, o § 1º-B foi acrescentado ao art. 273 pela Lei nº 9.677/98.

O legislador determinou que a conduta do § 1º-B fosse sancionada com a mesma pena do caput do art. 273.

A pena do art. 273 também foi aumentada pela Lei nº 9.677/98.

Assim, para o legislador, a conduta de quem comercializa um produto não necessariamente falsificado, mas nas condições irregulares do § 1º-B, deve ser punida com uma pena de 10 a 15 anos de reclusão.

Ocorre que essa pena é muito alta e, por conta disso, começou a surgir entre os advogados que militam na área a constante alegação de que essa pena seria inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade.

Código Penal	
Antes da Lei nº 9.677/98	Depois da Lei nº 9.677/98
A pena do art. 273 era de 1 a 3 anos e multa.	A pena passou a ser de 10 a 15 anos e multa.

A tese foi acolhida pelo STJ? A pena prevista para o crime do § 1º-B do art. 273 do CP, fixada por força da Lei nº 9.677/98, é inconstitucional?

SIM.

O STJ decidiu que o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP é inconstitucional por ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Então, neste caso, qual pena deverá ser aplicada em substituição?

Para o STJ, deveria ser aplicada a pena abstratamente prevista para o tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006), qual seja, “reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

Além disso, para o STJ seria possível aplicar para o réu que praticou o art. 273, § 1º-B do CP a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Em suma: o STJ decidiu que é constitucional a pena (preceito secundário) do art. 273, § 1º-B, do CP. Em substituição a ela, deve-se aplicar ao condenado a pena prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006, com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º.

STJ. Corte especial. AI no HC 239.363-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/2/2015 (Info 559).

Como consequência, o STJ afirmou que, se alguém foi condenado pelo art. 273, § 1º-B, do CP e não recebeu a pena do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, esse indivíduo teria direito de ingressar com revisão criminal:

É cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, para aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

STJ. 3ª Seção. RvCr 5.627-DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 13/10/2021 (Info 714).

Veja o que diz o art. 621, I, do CPP:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
(...)

Essa decisão do STJ tem ainda relevância?

NÃO. Isso porque o STF decidiu de forma ligeiramente diferente do STJ.

O STF concordou com a primeira parte da decisão do STJ.

O STF também entendeu que o preceito secundário do art. 273 do CP é constitucional. No entanto, o STF não concordou com a solução jurídica do STJ de aplicar a pena do tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006).

Para o STF, embora possa parecer razoável, permitir a aplicação de norma secundária de outro tipo penal poderia gerar insegurança jurídica.

Assim, o STF afirmou que, como a Lei nº 9.677/98 foi declarada constitucional neste ponto, a pena anterior deverá voltar a produzir seus efeitos. É o chamado efeito repristinatório da declaração de constitucionalidade.

Logo, aplicam-se os efeitos repristinatórios da declaração de constitucionalidade, com o retorno do preceito secundário do art. 273 do CP em sua redação original — reclusão, de um a três anos, e multa — na hipótese de importação de medicamentos sem o mencionado registro.

Em suma:

É constitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

STF. Plenário. RE 979962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 1003) (Info 1011).

Desse modo, a decisão do STJ acima explicada perde relevância porque não se aplica a pena do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006. Deverá ser aplicado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Não se mostra razoável, para a realização da audiência de custódia, determinar o retorno de investigado à localidade em que ocorreu a prisão quando este já tenha sido transferido para a comarca em que se realizou a busca e apreensão

ODS 16

Caso concreto: na comarca de São Lourenço do Oeste (SC) tramita um inquérito policial que investiga João e outras pessoas. João mora em outro Município, qual seja, Pato Branco (PR). O juiz da comarca de São Lourenço do Oeste decretou a busca e apreensão na casa de João. Durante o cumprimento do mandado na residência de João, em Pato Branco (PR), a Polícia Civil encontrou grande quantidade de drogas. Os policiais prenderam João e o transportaram até São Lourenço do Oeste, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante. João está preso na cadeia pública de São Lourenço do Oeste.

Em regra, a audiência de custódia deve ser realizada na localidade em que ocorreu a prisão. No caso, porém, o Investigado já foi conduzido à Comarca do Juízo que determinou a busca e apreensão, há aparente conexão probatória com outros casos e prevenção daquele Juízo, de forma que não se mostra razoável determinar o retorno do Investigado para análise do auto de prisão em flagrante, notadamente em razão da celeridade que deve ser empregada em casos de análise da legalidade da custódia.

STJ. 3^a Seção. CC 182.728-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/10/2021 (Info 714).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Na comarca de São Lourenço do Oeste (SC) tramita um inquérito policial que investiga João e outras pessoas por diversos crimes.

Vale ressaltar que João mora em outro Município, qual seja, Pato Branco (PR).

O juiz da comarca de São Lourenço do Oeste decretou a busca e apreensão na casa de João.

Durante o cumprimento do mandado na residência de João, em Pato Branco (PR), a Polícia Civil encontrou grande quantidade de drogas no local.

Os policiais prenderam João e o transportaram até São Lourenço do Oeste, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante. João está preso na cadeia pública de São Lourenço do Oeste.

A defesa do flagranteado pediu para que João retornasse à comarca de Pato Branco para que ali fosse realizada a audiência de custódia.

O Ministério Público, por sua vez, afirmou que, como o flagranteado já está em São Lourenço do Oeste, ele deve fazer a audiência de custódia nesta comarca.

O pedido da defesa foi acolhido pelo STJ? É necessário que a audiência de custódia seja feita no local da prisão (Pato Branco) mesmo que o flagranteado já tenha sido transferido para outra localidade?

NÃO.

Não é necessário o retorno do custodiado para o local onde ocorreu a prisão (Pato Branco).

A audiência de custódia poderá ser realizada na comarca para onde ele foi transferido (São Lourenço do Oeste).

Se o investigado foi transferido para a comarca em que se realizou a busca e apreensão, não é necessário que a audiência de custódia ocorra na comarca da prisão.

Neste caso, será possível que a audiência de custódia seja feita na própria comarca de São Lourenço do Oeste, para onde foi transferido o investigado.

Em regra, a audiência de custódia deve ser realizada onde ocorreu a prisão

A jurisprudência do STJ entende que, em regra, a audiência de custódia deve ser realizada na localidade em que ocorreu a prisão:

A audiência de custódia, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do Juízo que a determinou, deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão.

STJ. 3ª Seção. CC 168.522/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/12/2019.

Contudo, há peculiaridades que não podem ser ignoradas, notadamente em razão da celeridade que deve ser empregada em casos de análise da legalidade da prisão em flagrante.

No caso, como o investigado já foi conduzido à Comarca do Juízo que determinou a busca e apreensão, há aparente conexão probatória com outros casos e prevenção daquele Juízo, de forma que não se mostra razoável determinar o retorno do investigado para análise do auto de prisão em flagrante, notadamente em razão da celeridade que deve ser empregada em casos de análise da legalidade da custódia.

Desse modo, o STJ determinou que a audiência de custódia fosse feita na comarca de São Lourenço do Oeste (SC).

Em suma:

Não se mostra razoável, para a realização da audiência de custódia, determinar o retorno de investigado à localidade em que ocorreu a prisão quando este já tenha sido transferido para a comarca em que se realizou a busca e apreensão.

STJ. 3ª Seção. CC 182.728-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/10/2021 (Info 714).

COMPETÊNCIA

A Justiça Federal é competente para processar e julgar os crimes ambientais e contra a vida decorrentes do rompimento da barragem em Brumadinho/MG

Importante!!!

ODS 11, 12 e 16

Caso concreto: em janeiro de 2019, houve o rompimento de uma barragem de rejeitos de minério, localizada no Município de Brumadinho (MG). A barragem era de responsabilidade da mineradora Vale S.A. O rompimento resultou em um terrível desastre ambiental e humanitário, com inúmeros mortos e uma grande poluição. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o ex-Presidente da Vale, imputando-lhe a prática de homicídio qualificado (270 vítimas) em concurso com sete crimes ambientais.

O STJ entendeu que a competência para julgar essa ação penal é da Justiça Federal.

No caso, há ofensa a bem e interesse direto e específico de órgão regulador federal e da União pelas seguintes razões:

- 1) as Declarações de Estabilidade da Barragem, apresentadas ao antigo DNPM (autarquia federal), seriam ideologicamente falsas;
- 2) os acusados teriam omitido informações essenciais à fiscalização da segurança da barragem, ao não fazê-las constar do SIGBM, sistema de dados acessado pela Agência Nacional de Mineração - ANM; e
- 3) com o rompimento da barragem, houve supostamente danos a sítios arqueológicos, que são classificados como bens da União (art. 20, X, da CF/88).

STJ. 6ª Turma. RHC 151.405-MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 19/10/2021 (Info 714).

Rompimento da barragem de Brumadinho

Em 25 de janeiro de 2019, houve o rompimento de uma barragem de rejeitos de minério, localizada no Município de Brumadinho (MG).

A barragem era de responsabilidade da mineradora Vale S.A.

O rompimento resultou em um terrível desastre ambiental e humanitário, com inúmeros mortos e uma grande poluição.

Ação penal

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o ex-Presidente da Vale, Fabio Schvartsman, imputando-lhe a prática de homicídio qualificado (270 vítimas) em concurso com sete crimes ambientais.

A denúncia foi recebida pelo juízo da 2^a vara da comarca de Brumadinho (MG).

Habeas corpus

A defesa do réu impetrhou habeas corpus objetivando o reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual.

No writ, o impetrante afirmou que, no curso das investigações, verificou-se que houve a afetação de sítios arqueológicos, os quais, conforme previsão expressa do art. 20, X, da Constituição, são bens da União, atraindo, portanto, a competência da Justiça Federal para processamento do feito.

Destacou ainda que a Polícia Federal apresentou relatório parcial no bojo do inquérito, concluindo que as Declarações de Estabilidade da Barragem, apresentadas ao antigo DNPM (autarquia federal), eram ideologicamente falsas, fato que corrobora a competência da Justiça Federal, além de indicar precedente da Comarca de Mariana, em caso semelhante, relativo ao rompimento da Barragem de Fundão, no qual, foi reconhecida a competência da Justiça Federal.

A questão chegou até o STJ. A competência para julgar essa ação penal é da Justiça Estadual ou Federal? Justiça Federal.

A Justiça Federal é competente para processar e julgar os crimes ambientais e contra a vida decorrentes do rompimento da barragem em Brumadinho/MG.

STJ. 6^a Turma. RHC 151.405-MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1^a Região), julgado em 19/10/2021 (Info 714).

Reconhecimento da incompetência em sede de habeas corpus

Inicialmente, o STJ afirmou que, em muitas oportunidades, já analisou, em pedidos de habeas corpus, sobre a existência, ou não, de competência da Justiça Federal. Isso é não apenas possível como recomendável, a fim de evitar julgamentos díspares de fatos correlatos ou até idênticos, não sendo razoável somente após longo período, com todos os desdobramentos na Justiça Estadual, demandando esforços de serventuários e peritos estaduais e federais, ter-se a certeza do interesse da União e declinar a competência.

Competência deve ser aferida pelos fatos narrados na denúncia

A competência deve ser aferida pelos fatos da causa de pedir narrados na denúncia com todas as suas circunstâncias, que devem ser analisados e julgados pelo Judiciário, e não pelo pedido ou pela capitulação do Ministério Público, que é provisória, podendo ser mudada pela sentença (arts. 383 e 384 do CPP).

Interesse federal

No caso, há ofensa a bem e interesse direto e específico de órgão regulador federal e da União pelas seguintes razões:

1) as Declarações de Estabilidade da Barragem, apresentadas ao antigo DNPM (autarquia federal), seriam ideologicamente falsas;

2) os acusados teriam omitido informações essenciais à fiscalização da segurança da barragem, ao não fazê-las constar do SIGBM, sistema de dados acessado pela Agência Nacional de Mineração - ANM; e
3) com o rompimento da barragem, houve supostamente danos a sítios arqueológicos, que são classificados como bens da União (art. 20, X, da CF/88).

Dessa forma, considerando a apuração de fatos correlatos em ambas as esferas - federal e estadual - e, ainda, os indícios de danos ambientais aos “sítios arqueológicos”, é de aplicar-se o verbete nº 122 da Súmula do STJ, segundo o qual:

Súmula 122-STJ: Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal.

EXECUÇÃO PENAL

A vara tem o dever de fornecer informações requisitadas pela Defensoria Pública para a defesa das pessoas com deficiência que estejam cumprindo medida de segurança

Importante!!!

ODS 3 E 16

A serventia judicial tem o dever de elaborar e fornecer à Defensoria Pública, na proteção das pessoas com deficiência, relatórios dos processos em que há medida de segurança sendo aplicada.

STJ. 2^a Turma. RMS 48.922-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19/10/2021 (Info 714).

Medida de segurança

Sanção penal é a resposta dada pelo Estado à pessoa que praticou uma infração penal.

Existem duas espécies de sanção penal:

- a) Pena;
- b) Medida de segurança.

“Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.” (MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 815).

Existem duas espécies de medida de segurança (art. 96 do CP):

DETENTIVA	RESTRITIVA
Consiste na internação do agente em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Obs: se não houver hospital de custódia, a internação deverá ocorrer em outro estabelecimento adequado.	Consiste na determinação de que o agente se sujeite a tratamento ambulatorial.
É chamada de detentiva porque representa uma forma de privação da liberdade do agente.	O agente permanece livre, mas tem uma restrição em seu direito, qual seja, a obrigação de se submeter a tratamento ambulatorial.

Vale ressaltar que o inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não poderá cumpri-la em estabelecimento prisional comum (presídio, cadeia pública etc.), ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Isso porque não pode o agente ser submetido a situação mais gravosa do que aquela definida judicialmente.

Feita essa revisão, imagine a seguinte situação hipotética:

A Defensoria Pública recebeu denúncias de que estariam ocorrendo irregularidades no cumprimento das medidas de segurança em tramitação na vara de execuções criminais de determinada comarca.

Diante disso, o Defensor Público requisitou da serventia judicial (= vara judicial) o fornecimento de informações sobre o cumprimento das medidas de segurança (quantidade de processos em andamento, número dos processos, nomes dos pacientes e locais em que se encontram cumprindo a medida).

O pedido, contudo, não foi atendido, sob o argumento de que há um elevado número de processos, o que inviabiliza o fornecimento.

A Defensoria Pública impetrou, então, mandado de segurança perante o Juízo de Direito Corregedor de Presídios da Comarca.

A serventia judicial tem o dever de elaborar e fornecer à Defensoria Pública relatórios dos processos em que há medida de segurança sendo aplicada?

SIM.

Decreto nº 6.949/2009 (Convenção de Nova Iorque)

O Decreto 6.949/2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, cujo texto possui valor equivalente ao de uma emenda constitucional, e, por veicular direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tem aplicação concreta e imediata (art. 5º, §§ 1º e 3º, da CF/88).

A Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 6.949/2009) prevê, em seu artigo 31.1, a obrigação do Brasil e dos demais Estados signatários do tratado de coletar dados e informações relacionados com as pessoas com deficiência:

Artigo 31

Estatísticas e coleta de dados

1.Os Estados Partes coletarão dados apropriados, inclusive estatísticos e de pesquisas, para que possam formular e implementar políticas destinadas a por em prática a presente Convenção. O processo de coleta e manutenção de tais dados deverá:

- a) Observar as salvaguardas estabelecidas por lei, inclusive pelas leis relativas à proteção de dados, a fim de assegurar a confidencialidade e o respeito pela privacidade das pessoas com deficiência;
 - b) Observar as normas internacionalmente aceitas para proteger os direitos humanos, as liberdades fundamentais e os princípios éticos na coleta de dados e utilização de estatísticas.
- (...)

Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 1/2009

De forma mais expressa e imediata, a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 1/2009 determina a implantação de mecanismos de revisão anual das medidas de segurança impostas, nas quais deverão estar incluídas relatórios das medidas adotadas e sua quantificação, atestados de pena e medidas a cumprir, além da verificação de suas legalidades.

Os relatórios são de elaboração necessária pela serventia judicial, nos termos da norma administrativa do CNJ. Portanto, não restam dúvidas que, desde 2009, o Poder Judiciário está obrigado, por seu órgão central de planejamento e coordenação, a registrar e revisar as medidas de segurança com periodicidade mínima anual. Daí o suporte à provocação da Defensoria Pública, que apenas visa obrigar o Judiciário a dar efetividade à política pública que desenhou para si próprio, pelos meios que o Poder mesmo elegeu como adequados, limitada a pretensão ao que diz respeito às medidas de segurança.

A resolução do CNJ vige há mais de dez anos, sendo imperioso dar-lhe efetividade, ao menos no âmbito do juízo impetrado. A limitação de recursos não pode autorizar a perenização da violação de direitos fundamentais.

As limitações de recursos atingem todos os órgãos do Estado. Por isso, os agentes públicos devem atuar de forma conjunta, integrada e harmoniosa, inclusive com forças-tarefa, mutirões e atividades de

capacitação comuns, para, de forma sinérgica, superarem as dificuldades em prol dos direitos do cidadão, este o único sentido, fim último e maior afetado pelas dificuldades das instituições.

Lei de Acesso à Informação

Outro fundamento para se constatar o direito líquido e certo da Defensoria Pública de obter acesso a tais dados para a tutela de direitos fundamentais de seus assistidos está no art. 21 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011):

Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

Não é necessário a remessa dos autos

Registre-se, por fim, que não se impõe ao juízo a remessa dos autos à Defensoria.

As listagens e relatórios são suficientes para que a instituição, por seus próprios esforços, identifique, priorize e reclame sua participação nos feitos, requerendo, conforme entender necessário, a carga ou cópia dos autos, bem como as medidas judiciais que considerar devidas.

Em suma:

A serventia judicial tem o dever de elaborar e fornecer à Defensoria Pública, na proteção das pessoas com deficiência, relatórios dos processos em que há medida de segurança sendo aplicada.

STJ. 2ª Turma. RMS 48.922-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19/10/2021 (Info 714).

Tema correlato:

A Defensoria Pública pode ter acesso aos autos de procedimento verificatório instaurado para inspeção judicial e atividade correicional de unidade de execução de medidas socioeducativas.

STJ. 6ª Turma. RMS 52.271-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/06/2018 (Info 629).

DIREITO TRIBUTÁRIO

COFINS-IMPORTAÇÃO

O aumento de um ponto percentual da alíquota fixado pela Lei 12.844/2013 no § 21 do art. 8º da Lei 10.865/2004 também se aplica para as operações de alíquota zero do § 12 do mesmo art. 8º

ODS 16

A Lei nº 12.844/2013 alterou a redação do § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004 prevendo o pagamento de um adicional de 1% de COFINS-Importação em determinadas operações:

Art. 8º (...) § 21. As alíquotas da Cofins-Importação de que trata este artigo ficam acrescidas de um ponto percentual na hipótese de importação dos bens classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, relacionados no Anexo I da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. (Redação dada pela Lei nº 12.844/2013)

Esse aumento aplica-se, inclusive, para as operações em relação às quais se aplicava a alíquota zero (§ 12 do art. 8º).

Não há incompatibilidade alguma entre a instituição de adicional de 1% e a existência de norma anterior que estabelece alíquota zero para determinado bem.

O acréscimo determinado pelo § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004 (incluído pela Lei nº 12.844/2013) majorou de maneira linear, em 01 ponto percentual, todas as alíquotas para a COFINS-Importação tratadas neste artigo.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.926.749-MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

Lei nº 10.865/2004

A COFINS é uma contribuição de seguridade social.

A modalidade mais comum da COFINS é aquela que tem como fato gerador o faturamento.

No entanto, o julgado aqui comentado trata sobre a COFINS-Importação, contribuição que incide sobre a importação de bens e serviços, sendo regulamentada pela Lei nº 10.865/2004.

Lei nº 12.844/2013

A Lei nº 12.844/2013 alterou a redação do § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004 prevendo o pagamento de um adicional de 1% de COFINS-Importação em determinadas operações:

Art. 8º (...)

§ 21. As alíquotas da Cofins-Importação de que trata este artigo ficam acrescidas de um ponto percentual na hipótese de importação dos bens classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, relacionados no Anexo I da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. (Redação dada pela Lei nº 12.844/2013)

(obs: conforme veremos mais a frente, a redação deste dispositivo foi alterada pela Lei nº 13.670/2018, mas isso não interessa agora)

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

A Azul Linhas Aéreas importou três motores de avião.

A Receita Federal cobrou o adicional da alíquota de 1% da COFINS-Importação, nos termos do § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004 (com redação dada pela Lei nº 12.844/2013).

A Azul impetrhou mandado de segurança visando afastar o recolhimento adicional de 1% de COFINS-Importação afirmando que deveria ser reconhecida a aplicação da alíquota zero na operação de importação de motores de avião. Isso com base no § 12 do mesmo art. 8º:

Art. 8º (...)

§ 12. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas das contribuições, nas hipóteses de importação de:
(...)

VI - aeronaves, classificadas na posição 88.02 da NCM;

VII - partes, peças, ferramentais, componentes, insumos, fluidos hidráulicos, lubrificantes, tintas, anticorrosivos, equipamentos, serviços e matérias-primas a serem empregados na manutenção, reparo, revisão, conservação, modernização, conversão e industrialização das aeronaves de que trata o inciso VI deste parágrafo, de seus motores, suas partes, peças, componentes, ferramentais e equipamentos;

Segundo defendeu a Azul, o §12 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004 é norma especial enquanto o §21 é norma geral, aplicável a outras hipóteses que não as contempladas pelo citado §12, não prevalecendo, portanto, a exigência do adicional de 1% da COFINS no caso de importação de motores de aeronaves.

A Fazenda Nacional contra-argumentou afirmando que o § 12 deve ser interpretado em conjunto com o § 21. Assim, o § 21 do art. 8º, da Lei nº 10.865/2004, incluído pela Lei nº 12.844/2013, teve por objetivo aumentar em 01 ponto percentual todas as alíquotas fixadas no art. 8º, de modo que “se o produto importado já era taxado com 7,6%, passou a pagar, 8,6% (7,6% + 1%). De outro modo, se o produto importado era taxado com 0,0%, pois incluso na lista do art. 8º, §12, da Lei 10.865/2004, o §21 do art. 8º gerou uma cobrança de apenas 1% e não 8,6%”.

Logo, mesmo que a importação dos motores de aeronave fosse originalmente enquadrada no § 12 do art. 8º e, portanto, estivesse sujeita à alíquota zero, com a edição da Lei nº 12.844/2013, essa operação passou a ser tributada com 01 ponto percentual (1%), nos termos do § 21 do art. 8º.

A companhia aérea não concorda e afirma que o § 21 só aumentou 01 ponto percentual para as operações de importação que já eram tributadas. Para as operações que tinham alíquota zero, o § 21 não interferiu em nada e tais operações (como a importação de aeronaves) continuam sendo alíquota zero.

A controvérsia jurídica pode, então, assim ser resumida:

O §21, acrescentado ao art. 8º da Lei nº 10.865/2004 pela Lei nº 12.844/2013, teve como efeito:

- 1) majorar todas as alíquotas para a COFINS-Importação tratadas no art. 8º, de maneira linear, em 01 ponto percentual (de modo que, onde havia alíquota-zero, se passou a 1%) – tese da Fazenda Nacional; ou
- 2) esse § 21 promoveu o aumento apenas onde havia alíquotas positivas definidas, estando as hipóteses de alíquota-zero ressalvadas do aumento linear, em razão de seu caráter excepcional (“lex specialis derogat lex generalis”) – tese da companhia aérea.

Qual das duas teses foi acolhida pelo STJ?

A primeira (da Fazenda Nacional).

O acréscimo determinado pelo § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004 (incluído pela Lei nº 12.844/2013) majorou de maneira linear, em 01 ponto percentual, todas as alíquotas para a COFINS-Importação tratadas neste artigo.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.926.749-MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05/10/2021 (Info 714).

Constitucionalidade do § 21 do art. 8º

Inicialmente, é importante registrar que o STF, recentemente, decidiu que esse aumento de 01 ponto percentual é constitucional:

É constitucional o adicional de alíquota da Cofins-Importação previsto no § 21 do artigo 8º da Lei nº 10.865/2004.

STF. Plenário. RE 1178310, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 16/09/2020 (Repercussão Geral – Tema 1047).

O STF, contudo, apenas julgou a constitucionalidade do acréscimo da alíquota como um todo, não abordando a inter-relação das normas infraconstitucionais envolvidas, que é o caso aqui. Em outras palavras, o STF não afirmou se esse aumento deveria também ser aplicado para as hipóteses de alíquota zero.

O caso não é de aplicação do princípio da especialidade, mas sim de adição

Ao contrário do que defende o contribuinte, não é caso de se aplicar o critério da especialidade para fazer incidir apenas a alíquota zero do § 12 do art. 8º.

Ao contrário, o que a Lei nº 12.844/2013 fez foi adicionar uma nova regra às disposições já existentes no art. 8º, acrescentando 01 ponto percentual a todas as “alíquotas da COFINS-Importação de que trata este artigo”. E o fez indistintamente, seja qual fosse a alíquota anteriormente prevista no artigo. Não se trata, portanto, de revogação presumida de benefício. É adição expressa. É literal.

O debate entre norma geral e norma especial tem lugar quando há antinomia aparente de normas. No caso, não há antinomia quando um dispositivo estabelece uma alíquota (ainda que seja zero) e outro, posterior, estabelece uma adição de alíquota, no mesmo artigo de lei, ainda que tal adição alcance um conjunto maior de itens.

Assim, quer se entenda aplicável, por analogia, o art. 111 do CTN (interpretação literal), quer se busque apoio em outros métodos de interpretação, não resta dúvida sobre o alcance amplo que o legislador ordinário desejou conferir à determinação do §21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004.

Lei nº 13.670/2018

Vale ressaltar que, posteriormente, foi editada a Lei nº 13.670/2018, que alterou novamente o § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004. Veja a redação atual:

Art. 8º (...)

§ 21. Até 31 de dezembro de 2020, as alíquotas da Cofins-Importação de que trata este artigo ficam acrescidas de um ponto percentual na hipótese de importação dos bens classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, nos códigos:

(...)

VII - 3926.20.00, 40.15, 42.03, 43.03, 4818.50.00, 6505.00, 6812.91.00, 8804.00.00, capítulos 61 a 63;

VIII - 64.01 a 64.06;

IX - 41.04, 41.05, 41.06, 41.07 e 41.14;

X - 8308.10.00, 8308.20.00, 96.06 e 96.07;

XI - (VETADO);

XII - 87.02, exceto 8702.90.10, e 87.07;

XIII - (VETADO);

XIV - 7308.20.00; 7309.00.10; 7309.00.90; 7310.29.90; 7311.00.00; 7315.12.10; 7316.00.00; 84.02; 84.03; 84.04; 84.05; 84.06; 84.07, 84.08; 84.09 (exceto o código 8409.10.00); 84.10. 84.11; 84.12; 84.13; 8414.10.00; 8414.30.19; 8414.30.91; 8414.30.99; 8414.40.10; 8414.40.20; 8414.40.90; 8414.59.90; 8414.80.11; 8414.80.12; 8414.80.13; 8414.80.19; 8414.80.22; 8414.80.29; 8414.80.31; 8414.80.32; 8414.80.33; 8414.80.38; 8414.80.39; 8414.90.31; 8414.90.33; 8414.90.34; 8414.90.39; 84.16; 84.17; 84.19; 84.20; 8421.11.10; 8421.11.90; 8421.19.10; 8421.19.90; 8421.21.00; 8421.22.00; 8421.23.00; 8421.29.20; 8421.29.30; 8421.29.90; 8421.91.91; 8421.91.99; 8421.99.10; 8421.99.91; 8421.99.99; 84.22 (exceto o código 8422.11.00); 84.23 (exceto o código 8423.10.00); 84.24 (exceto os códigos 8424.10.00, 8424.20.00, 8424.89.10 e 8424.90.00); 84.25; 84.26; 84.27; 84.28; 84.29; 84.30; 84.31; 84.32; 84.33; 84.34; 84.35; 84.36; 84.37; 84.38; 84.39; 84.40; 84.41; 84.42; 8443.11.10; 8443.11.90; 8443.12.00; 8443.13.10; 8443.13.21; 8443.13.29; 8443.13.90; 8443.14.00; 8443.15.00; 8443.16.00; 8443.17.10; 8443.17.90; 8443.19.10; 8443.19.90; 8443.39.10; 8443.39.21; 8443.39.28; 8443.39.29; 8443.39.30; 8443.39.90; 84.44; 84.45; 84.46; 84.47; 84.48; 84.49; 8450.11.00; 8450.19.00; 8450.20.90; 8450.20; 8450.90.90; 84.51 (exceto código 8451.21.00); 84.52 (exceto os códigos 8452.10.00, 8452.90.20 e 8452.90.8); 84.53; 84.54; 84.55; 84.56; 84.57; 84.58; 84.59; 84.60; 84.61; 84.62; 84.63; 84.64; 84.65; 84.66; 8467.11.10; 8467.11.90; 8467.19.00; 8467.29.91; 8468.20.00; 8468.80.10; 8468.80.90; 84.74; 84.75; 84.77; 8478.10.10; 8478.10.90; 84.79; 8480.20.00; 8480.30.00; 8480.4; 8480.50.00; 8480.60.00; 8480.7; 8481.10.00; 8481.30.00; 8481.40.00; 8481.80.11; 8481.80.19; 8481.80.21; 8481.80.29; 8481.80.39; 8481.80.92; 8481.80.93; 8481.80.94; 8481.80.95; 8481.80.96; 8481.80.97; 8481.80.99; 84.83; 84.84; 84.86; 84.87; 8501.33.10; 8501.33.20; 8501.34.11; 8501.34.19; 8501.34.20; 8501.51.10; 8501.51.20; 8501.51.90; 8501.52.10; 8501.52.20; 8501.52.90; 8501.53.10; 8501.53.20; 8501.53.30; 8501.53.90; 8501.61.00; 8501.62.00; 8501.63.00; 8501.64.00; 85.02; 8503.00.10; 8503.00.90; 8504.21.00; 8504.22.00; 8504.23.00; 8504.33.00; 8504.34.00; 8504.40.30; 8504.40.40; 8504.40.50; 8504.40.90; 8504.90.30; 8504.90.40; 8505.90.90; 8508.60.00; 8514.10.10; 8514.10.90; 8514.20.11; 8514.20.19; 8514.20.20; 8514.30.11; 8514.30.19; 8514.30.21; 8514.30.29; 8514.30.90; 8514.40.00; 8515.11.00; 8515.19.00; 8515.21.00; 8515.29.00; 8515.31.10; 8515.31.90; 8515.39.00; 8515.80.10; 8515.80.90; 8543.30.00; 8601.10.00; 8602.10.00; 8604.00.90; 8701.10.00; 8701.30.00; 8701.90.10; 8701.90.90; 8705.10.10; 8705.10.90; 9017.30.10; 9017.30.20; 9017.30.90; 9024.10.10; 9024.10.20; 9024.10.90; 9024.80.11; 9024.80.19; 9024.80.21; 9024.80.29; 9024.80.90; 9024.90.00; 9025.19.10; 9025.19.90; 9025.80.00; 9025.90.10; 9025.90.90; 9026.10.19; 9026.10.21; 9026.10.29; 9026.20.10; 9026.20.90; 9026.80.00; 9026.90.10; 9026.90.20; 9026.90.90; 9027.10.00; 9027.20.11;

9027.20.12; 9027.20.19; 9027.20.21; 9027.20.29; 9027.30.11; 9027.30.19; 9027.30.20;
9027.50.10; 9027.50.20; 9027.50.30; 9027.50.40; 9027.50.50; 9027.50.90; 9027.80.11;
9027.80.12; 9027.80.13; 9027.80.14; 9027.80.20; 9027.80.30; 9027.80.91; 9027.80.99;
9027.90.10; 9027.90.91; 9027.90.93; 9027.90.99; 9031.10.00; 9031.20.10; 9031.20.90;
9031.41.00; 9031.49.10; 9031.49.20; 9031.49.90; 9031.80.11; 9031.80.12; 9031.80.20;
9031.80.30; 9031.80.40; 9031.80.50; 9031.80.60; 9031.80.91; 9031.80.99; 9031.90.10;
9031.90.90; 9032.10.10; 9032.10.90; 9032.20.00; 9032.81.00; 9032.89.11; 9032.89.29; 9032.89.8;
9032.89.90; 9032.90.10; 9032.90.99; 9033.00.00; 9506.91.00;
XV - (VETADO);
XVI - (VETADO);
XVII - 02.03, 0206.30.00, 0206.4, 02.07, 02.09, 0210.1, 0210.99.00, 1601.00.00, 1602.3, 1602.4,
03.03, 03.04, 03.02, exceto 03.02.90.00;
XVIII - 5004.00.00, 5005.00.00, 5006.00.00, 50.07, 5104.00.00, 51.05, 51.06, 51.07, 51.08, 51.09,
5110.00.00, 51.11, 51.12, 5113.00, 5203.00.00, 52.04, 52.05, 52.06, 52.07, 52.08, 52.09, 52.10,
52.11, 52.12, 53.06, 53.07, 53.08, 53.09, 53.10, 5311.00.00, no capítulo 54, exceto os códigos
5402.46.00, 5402.47.00 e 5402.33.10, e nos capítulos 55 a 60;
XIX - (VETADO);
XX - (VETADO).

EXERCÍCIOS**Julgue os itens a seguir:**

- 1) É juridicamente possível o pedido de anulação da nomeação e posse de Conselheiro de Tribunal de Contas de Município, veiculado em ação civil pública, com fundamento na constatação de que este não preenche os requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada. ()
- 2) É viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa. ()
- 3) A autoridade administrativa dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90. ()
- 4) Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judicial, à perda da função pública. ()
- 5) É abusiva a cláusula que prevê a cobertura adicional de invalidez funcional permanente total por doença (IFPD) em contrato de seguro de vida em grupo, condicionando o pagamento da indenização securitária à perda da existência independente do segurado, comprovada por declaração médica. ()
- 6) Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro. ()
- 7) Demonstrada, pelo consumidor, a relação de causa e efeito entre o produto e o dano, incumbe ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou a configuração de outra excludente de responsabilidade consagrada no § 3º do art. 12 do CDC. ()
- 8) A autorização judicial para participação de adolescente em espetáculo público em diversas comarcas deve ser concentrada na competência do juízo do seu domicílio, que solicitará providências e informações aos demais juízos, onde ocorra apresentação, quanto ao cumprimento das diretrizes previamente fixadas. ()
- 9) Na cumulação simples subjetiva de pedidos, o provimento do recurso que apenas atinge o pedido de um dos litisconsortes facultativos não impede a fixação de honorários recursais em relação aos pedidos autônomos do demais litisconsortes, que se mantiveram intactos após o julgamento. ()

- 10) Para a adequação de determinado julgado, após a modulação dos efeitos de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário que o recurso tenha sido conhecido e que haja relação entre o objeto recursal e o fato superveniente. ()
- 11) A prestação pecuniária prevista no art. 45, §1º, do Código Penal não pode ser compensada com o montante fixado com fundamento no art. 387, IV, do Código de Processo Penal. ()
- 12) É cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, para aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP. ()
- 13) Não se mostra razoável, para a realização da audiência de custódia, determinar o retorno de investigado à localidade em que ocorreu a prisão quando este já tenha sido transferido para a comarca em que se realizou a busca e apreensão. ()
- 14) A Justiça Estadual é competente para processar e julgar os crimes ambientais e contra a vida decorrentes do rompimento da barragem em Brumadinho/MG. ()
- 15) A serventia judicial tem o dever de elaborar e fornecer à Defensoria Pública, na proteção das pessoas com deficiência, relatórios dos processos em que há medida de segurança sendo aplicada. ()

Gabarito

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