



INFORMATIVO STJ 590

*Destaques comentados pelos
Professores Estratégia*

Sumário

Sumário	1
1 - Direito Civil.....	1
2 - Direito Empresarial.....	9
3 - Direito Penal	10
4 - Direito Processual Penal	17
5 - Direito Processual Civil.....	29
6 - Direito Administrativo	35
7 - Direito Tributário.....	37

1 - Direito Civil

SÚMULA N. 580

A correção monetária nas indenizações do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6.194/1974, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, incide desde a data do evento danoso.

Segunda Seção, aprovada em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Paulo H. M. Sousa:

A Súmula 580 apenas veio aclarar um entendimento que é lógico do ponto de vista da Teoria das Obrigações. A correção monetária, em regra, incide desde o momento no qual o desembolso foi feito, ou desde que a pessoa deveria receber determinado valor, mas não recebeu, por algum motivo.

O *caput* do art. 5º da Lei 6.194/1974 é claro ao dispor que “o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado”. Ou seja, provei que teve acidente? Recebo indenização.

Logo, a indenização me é devida, pela leitura do art. 5º, desde o momento no qual o acidente ocorreu. Se não recebi a indenização nessa data, estou perdendo dinheiro pela desvalorização da moeda, o que atrai a aplicabilidade da correção monetária. Por isso, ela é devida desde a data do evento danoso.

Assim, se numa prova do seu concurso caísse uma assertiva questionando se “a correção monetária nas indenizações do DPVAT por morte ou invalidez incide desde a data do evento danoso”, você certamente assinalaria como correta.

DIREITO CIVIL. PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO CONDENATÓRIA DECORRENTE DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECURSO REPETITIVO. TEMA 610.

Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

REsp 1.361.182-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários do Prof. Paulo H. M. Sousa:

O STJ fixou entendimento sobre o prazo prescricional para a pretensão declaratória de nulidade de cláusula de reajuste indevido de plano ou seguro de saúde pelo rito dos recursos repetitivos.

Como o CC/1916 não tinha especificado prazo, recorria-se ao prazo geral vintenário previsto no art. 177. Como o CC/2002 tem regra prescricional específica, aplica-se-a. Insculpida no art. 206, §3º, o prazo é, portanto, de 3 anos, contados da assinatura do contrato reputado abusivo.

Por fim, veja-se que deve ser observada a regra de transição, prevista no art. 2.028 (“Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”). Como a metade aqui seria de 10 anos, se o Plano fora assinado com cláusula de reajuste indevido em 11/1992, em 01/2003 passou-se mais da metade do tempo, pelo que o prazo seria contado pelo CC/1916 ainda, ou seja, teria o beneficiário até 11/2012 para questionar; se a cláusula ilegal fosse inserida no contrato em 11/2002, porém, não teria passado mais da metade do tempo, pelo que o prazo seria o do CC/2002, logo, venceria já em 11/2005.

Assim, considere o seguinte item:

() O prazo prescricional para requerer a declaração de nulidade da cláusula de reajuste abusiva de plano de saúde é de 10 anos, observada a regra geral do CC/2002.

Você deveria, claro, assinalar que ela está ERRADA.

Do informativo:

DIREITO CIVIL. PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO CONDENATÓRIA DECORRENTE DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECURSO REPETITIVO. TEMA 610.

Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de

transição do art. 2.028 do CC/2002. Inicialmente, afasta-se a prescrição anual para pretensões deduzidas em contratos de seguro saúde, por se enquadrar como plano privado de assistência à saúde, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.185/2001, bem como a aplicação do prazo prescricional disposto no art. 27 do CDC, haja vista não se tratar, na espécie, de acidente de consumo. Pois bem, a locução "indevidamente auferido", constante do art. 884 do CC/2002, admite interpretação ampla, no sentido de albergar não só o termo causa como atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), mas também no sentido de causa negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que parece mais adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita). Sob esse prisma, nota-se que o exame de pretensões fundadas no enriquecimento sem causa não é novidade no âmbito da Segunda Seção, conforme se verifica em alguns julgados, proferidos em âmbito de recurso especial repetitivo (REsp 1.220.934-RS, DJe 12/6/2013; REsp 1.249.321-RS, DJe 16/4/2013), nos quais a relação jurídica base estabelecida entre as partes também possuía natureza contratual e a demanda visava exatamente a declaração de nulidade de cláusula tida por abusiva, casos em que foi aplicado o prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002. Acrescente-se, por oportuno, que, havendo pretensão de reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual, sua invalidação tem como consequência o desaparecimento da causa lícita do pagamento que foi efetuado a tal título, caracterizando, assim, o enriquecimento indevido daquele que o recebeu. Estar-se-á, nessas hipóteses, diante de enriquecimento sem causa derivado de pagamento indevido, tendo em vista que, por invalidação, no todo ou em parte, do negócio jurídico que o embasava, o pagamento perdeu a causa que o autorizava. Provavelmente em razão dessa lógica jurídica, é que os arts. 182 e 876 do CC/2002 disciplinam, respectivamente: "Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente [...] Art. 876. Todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição". A respeito do tema, há julgados do STJ que, levando em consideração o enriquecimento sem causa até mais como princípio do que como instituto, entendem que, diante da declaração judicial de ilegalidade de cláusula contratual, torna-se cabível a devolução ou compensação dos valores pagos a tal título, independentemente da comprovação de erro no pagamento. Diante de todas essas ponderações, conclui-se que, em se tratando de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional aplicável é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002. **REsp 1.361.182-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO CIVIL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 340 DO STJ EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

A norma de regulamento de plano de previdência privada aplicável à concessão de complementação de pensão por morte é aquela vigente na data do óbito do participante, ainda que seja editada norma superveniente mais vantajosa ao beneficiário.

REsp 1.404.908-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 2/8/2016, DJe 22/9/2016.

Comentários do Prof. Paulo H. M. Sousa:

A Súmula 340 do STJ é expressa ao dizer que "a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado". A base dessa Súmula é a Lei 8.213/1991, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, ou seja, de previdência pública.

O questionamento era se essa Súmula se aplicaria à Previdência Privada, especificamente no caso de norma de ordem pública posterior que fosse mais vantajosa ao beneficiário. O STJ, nesse caso, definiu que a Súmula 340 é aplicável também aos

Planos privados, a despeito de haver norma posterior mais interessante. Vigê, portanto, a norma da época do óbito do segurado, independentemente de a previdência ser pública ou privada.

Por isso, como você responderia à questão abaixo?

1. Relativamente ao contrato de seguro de previdência, assinale a alternativa correta:
 - a. No caso de Previdência Social, mas não no caso de Previdência Privada, a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado;
 - b. Tanto no caso de Previdência Social, quanto no caso de Previdência Privada, a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado;
 - c. Em havendo alteração da legislação de Previdência Privada, que seja mais benéfica, mitiga-se a regra de que a norma aplicável é a da época da morte do beneficiário, tendo em vista se tratar de relação típica de consumo;
 - d. Em havendo alteração da legislação de Previdência, seja Pública, seja Privada, que seja mais benéfica, mitiga-se a regra de que a norma aplicável é a da época da morte do beneficiário, tendo em vista se tratar de relação típica de consumo, em qualquer caso;
 - e. nenhuma alternativa está correta.

Do informativo:

DIREITO CIVIL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 340 DO STJ EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

A norma de regulamento de plano de previdência privada aplicável à concessão de complementação de pensão por morte é aquela vigente na data do óbito do participante, ainda que seja editada norma superveniente mais vantajosa ao beneficiário. Inicialmente, destaca-se que a pensão por morte complementar consiste na renda a ser paga ao beneficiário indicado no plano previdenciário em decorrência do óbito do participante ocorrido durante o período de cobertura, depois de cumprida a carência. Salientado isso, tem-se que, na Previdência Pública, já restou cristalizado o entendimento de que: "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado" (Súmula n. 340/STJ). De fato, apesar de a concessão de benefícios oferecidos pelas entidades abertas ou fechadas de previdência complementar não depender da concessão de benefício oriundo da Previdência Social, haja vista as especificidades de cada regime e a autonomia existente entre eles, o mesmo raciocínio quanto à norma incidente para, agora, regular a complementação da pensão por morte deve ser aplicado, a fim de harmonizar os sistemas. Com efeito, não só os benefícios da Previdência Pública, mas também os da Previdência Privada, devem regular-se pela lei ou pelo estatuto vigentes ao tempo em que foram implementados os requisitos necessários à consecução do direito. Desse modo, ante a incidência do princípio do tempus regit actum, normas editadas após a concessão do benefício previdenciário (oficial ou complementar) não podem retroagir, ainda que mais favoráveis ao beneficiário. Nesse sentido, ressalta-se o entendimento proferido pelo STF, em RE com repercussão geral (RE 597.389 QO-RG/SP, Tribunal Pleno, DJe 21/8/2009), no qual se negou a possibilidade de revisão do valor de pensão por morte paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), fundada em lei posterior a qual havia instituído coeficiente de cálculo mais vantajoso ao pensionista. Logo, a lei nova, ainda que mais benéfica, não pode ser aplicada aos benefícios previdenciários já concedidos, pois, além de incorrer em indevida retroatividade, irá contrariar o ato jurídico perfeito. Cumpre assinalar que essa exegese de impedir a aplicação retroativa de norma de regulamento que amplie a manutenção de benefícios previdenciários é a que melhor se coaduna com o regime financeiro de capitalização, que rege a Previdência Complementar, sobretudo quando estiver ausente a respectiva fonte de custeio, já que o aumento inesperado de despesas poderá comprometer o equilíbrio econômico-atuarial do fundo mútuo, prejudicando os demais participantes, que terão que cobrir os prejuízos

daí advindos. Dessa forma, o novo regulamento somente pode ser aplicado para regular os benefícios a serem adquiridos durante a sua vigência, e não de modo a ferir o ato jurídico perfeito. Conclui-se, portanto, que a Súmula n. 340/STJ também deve ser aplicada na Previdência Complementar, de forma que a norma do regulamento de ente de previdência privada aplicável à concessão de complementação de pensão por morte é aquela vigente na data do óbito do participante. **REsp 1.404.908-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 2/8/2016, DJe 22/9/2016.**

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E ATRASO NA COMUNICAÇÃO DO SINISTRO.

O segurado que, devido às ameaças de morte feitas pelo criminoso a ele e à sua família, deixou de comunicar prontamente o roubo do seu veículo à seguradora não perde o direito à indenização securitária (art. 771 do CC).

REsp 1.546.178-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários do Prof. Paulo H. M. Sousa:

O art. 771 do CC/2002 é claro ao dispor que “sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências”.

Agora, imagine que você tenha passado por um sequestro relâmpago. O criminoso te prende do porta-malas por horas, faz você sacar dinheiro e, no fim, ainda decide ficar com o seu carro. Antes disso, porém, força você a dizer a senha do seu celular e vê as fotos da sua família, te ameaçando de morte e a todos os seus familiares.

Terminado o terror, a primeira providência que você tomará é ir à Delegacia fazer um B.O. e ligar para a seguradora? Evidente que não. Bom, três dias depois você toma coragem e liga para o seguro, que te nega cobertura, por descumprimento evidente da norma legal. Justo, não?

Mais uma vez, evidente que não, em franca violação ao princípio da boa-fé objetiva, cumulado com a desfuncionalização também evidente desse contrato, cuja função é exatamente prover as pessoas de cobertura securitária em momentos como esse. Assim, decidiu o STJ, não é lícito que a companhia de seguros negue cobertura a você.

Por isso, se sua prova questionasse se “a demora do segurado em comunicar a seguradora sobre o sinistro, em caso de ameaça dos criminosos, por si só não afasta a negativa de cobertura securitária, devendo, porém o consumidor fazer prova de que a ameaça era real e iminente de concretização”, você certamente marcaria que ela está incorreta.

Do informativo:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E ATRASO NA COMUNICAÇÃO DO SINISTRO.

O segurado que, devido às ameaças de morte feitas pelo criminoso a ele e à sua família, deixou de comunicar prontamente o roubo do seu veículo à seguradora não perde o direito à indenização securitária (art. 771 do CC). De acordo com o art. 771 do CC, é ônus do segurado comunicar prontamente ao ente segurador a ocorrência do sinistro, já que possibilita a este tomar medidas que possam amenizar os prejuízos da realização do risco bem como a sua propagação. Todavia, não é em qualquer hipótese que a ausência da pronta notificação do sinistro acarretará a perda da indenização securitária; isto é, a sanção não incide de forma automática. Com efeito, para tanto, deve ser imputada ao segurado uma omissão dolosa, que beire a má-fé ou a culpa grave, que

prejudique, de forma desproporcional, a atuação da seguradora, que não poderá beneficiar-se, concretamente, da redução dos prejuízos indenizáveis com possíveis medidas de salvamento, de preservação e de minimização das consequências. Assim, se não houver medidas a serem tomadas de imediato que possam minorar os efeitos do sinistro, ou se existirem fatos relevantes que impeçam o segurado de promover a comunicação de sinistro e o acautelamento de eventuais consequências indesejadas - a exemplo de providências que lhe possam causar efeitos lesivos ou a outrem -, não há como penalizá-lo com a drástica sanção de perda do direito à indenização, especialmente considerando a presença da boa-fé objetiva, princípio-chave que permeia todas as relações contratuais, incluídas as de natureza securitária. Nesse contexto, a pena de perda do direito à indenização securitária, inscrita no art. 771 do CC, ao fundamento de que o segurado não participou o sinistro ao segurador logo que teve ciência deve ser interpretada de forma sistemática com as cláusulas gerais da função social do contrato e de probidade, lealdade e boa-fé previstas nos arts. 113, 421, 422 e 765 do CC, devendo a punição recair primordialmente em posturas de má-fé ou culpa grave, que lesionem legítimos interesses da seguradora. Na hipótese, não houve má-fé ou omissão injustificada do segurado quanto ao atraso na comunicação do aviso de sinistro, de modo que não merece ser sancionado com a perda do direito à indenização securitária. **REsp 1.546.178-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. ABRANGÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RELATIVAMENTE A TRATAMENTO DISPONIBILIZADO POR HOSPITAL CREDENCIADO EM PARCERIA COM INSTITUIÇÃO NÃO CREDENCIADA.

No caso em que, nas informações divulgadas por plano de saúde aos seus usuários, determinado hospital particular figure como instituição credenciada sem ressalvas, se o usuário optar pela realização de tratamento contratado e disponibilizado pelo aludido hospital, a operadora do plano será obrigada a custeá-lo, ainda que o serviço seja prestado em parceria com instituição não credenciada, cuja unidade de atendimento funcione nas dependências do hospital, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma localidade, outras instituições credenciadas para o mesmo tipo de tratamento de saúde.

REsp 1.613.644-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 20/9/2016, DJe 30/9/2016.

Comentários do Prof. Paulo H. M. Sousa:

Essa decisão protege o consumidor hipossuficiente, sobretudo em face do dever de informar do fornecedor. Isso porque é comum que hospitais sejam credenciados por determinados planos de saúde. Hospitais grandes, que contam com inúmeros prestadores de serviço em suas instalações. Como o consumidor saber quais desses prestadores é credenciado ou não?

Não sabe, pelo que, nesse caso, o plano é obrigado a custear o tratamento oferecido pelo hospital, ainda que o prestador específico não seja credenciado. E se houver outro prestador, credenciado, que preste o mesmo serviço? Não importa, o consumidor pode usufruir do prestador não credenciado, pois a informação não o excluía. No entanto, nada impede que o plano ressalve tais limitações ao consumidor, que não poderá exigir o tratamento, nessas condições.

Logo, se a banca questionar se "mesmo que o plano de saúde ressalve o não credenciamento de determinados prestadores dentro de um hospital credenciado, o consumidor poderá se valer dos tratamentos por eles oferecidos, já que o credenciamento do hospital induz o consumidor a crer que todos os prestadores são também credenciados", o que você marca? Incorreta, pois a ressalva é entendida como adequada.

Do informativo:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. ABRANGÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RELATIVAMENTE A TRATAMENTO DISPONIBILIZADO POR HOSPITAL CREDENCIADO EM PARCERIA COM INSTITUIÇÃO NÃO CREDENCIADA.

No caso em que, nas informações divulgadas por plano de saúde aos seus usuários, determinado hospital particular figure como instituição credenciada sem ressalvas, se o usuário optar pela realização de tratamento contratado e disponibilizado pelo aludido hospital, a operadora do plano será obrigada a custeá-lo, ainda que o serviço seja prestado em parceria com instituição não credenciada, cuja unidade de atendimento funcione nas dependências do hospital, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma localidade, outras instituições credenciadas para o mesmo tipo de tratamento de saúde. Por determinação legal, as operadoras de planos de saúde devem ajustar com as entidades conveniadas, contratadas, referenciadas ou credenciadas, mediante instrumentos formais, as condições de prestação de serviços de assistência à saúde. Conforme o art. 17-A da Lei n. 9.656/1998, devem ser estabelecidos com clareza, em tais contratos, os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, bem como todas as condições para a sua execução. Devem conter, assim, o objeto, a natureza do ajuste, o regime de atendimento e a descrição de todos os serviços contratados. Infere-se, desse modo, que a operadora, ao divulgar e disponibilizar ao usuário a lista de prestadores conveniados, deve também providenciar a descrição dos serviços que cada um está apto a executar - pessoalmente ou por meio de terceiros -, segundo o contrato de credenciamento formalizado. Logo, quando a prestação do serviço não for integral, deve ser indicada a restrição e quais especialidades oferecidas pela entidade não estão cobertas, sob pena de se considerar todas incluídas no credenciamento, sobretudo em se tratando de hospitais, já que são estabelecimentos de saúde vocacionados a prestar assistência sanitária em regime de internação e de não internação, nas mais diversas especialidades médicas. O credenciamento, sem restrições, de hospital por operadora abrange, para fins de cobertura de plano de assistência à saúde, todas as especialidades médicas oferecidas pela instituição, ainda que prestadas sob o sistema de parceria com instituição não credenciada. Eventual divergência de índole administrativa entre operadora e prestador quanto aos serviços de atenção à saúde efetivamente cobertos no instrumento jurídico de credenciamento não pode servir de subterfúgio para prejudicar o consumidor de boa-fé, que confiou na rede conveniada e nas informações divulgadas pelo plano de saúde. As partes, nas relações contratuais, devem manter posturas de cooperação, transparência e lealdade recíprocas, de modo a respeitar as legítimas expectativas geradas no outro, sobretudo em contratos de longa duração, em que a confiança é elemento essencial e fonte de responsabilização civil. Além do mais, mesmo havendo outras instituições credenciadas para o mesmo tipo de tratamento de saúde na mesma localidade, pode o usuário eleger, segundo as recomendações médicas e sua própria comodidade, qual o prestador de serviço credenciado mais apto a tratar sua moléstia, dentre aqueles constantes no rol oferecido pela operadora. **REsp 1.613.644-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 20/9/2016, DJe 30/9/2016.**

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO POR PARTICULARES DE DEMANDA POSSESSÓRIA RELACIONADA A BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO.

Particulares podem ajuizar ação possessória para resguardar o livre exercício do uso de via municipal (bem público de uso comum do povo) instituída como servidão de passagem.

REsp 1.582.176-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/9/2016, DJe 30/9/2016.

Comentários do Prof. Paulo H. M. Sousa:

O caso em apreço tratou de situação muito peculiar. Uma via pública, em verdade uma servidão declarada de utilidade pública, foi invadida por uma empresa, impedindo que os moradores a usassem. Duas associações de moradores maneжaram uma ação de reintegração de posse contra essa empresa, visando a continuidade na utilização do bem de uso comum do povo.

A empresa alegou que não se tratava de posse, mas de mera detenção, pelo que não poderia ser manejada a ação possessória por um particular, contra outro particular, cujo objeto seria um bem público (de uso comum do povo). O STJ, então, reconheceu que qualquer pessoa que tenha seu direito de usar o bem comum de uso do povo cerceado pode manejar a ação possessória, desde que isso não importasse cerceamento do uso pelos demais.

Assim, se eu requisitasse reintegração de posse de uma rua porque outro particular estivesse a usando e eu quisesse utilizar a rua só para mim, essa pretensão não poderia ser acolhida. No entanto, como a proteção requerida pelos moradores da área não excluiria outras pessoas, cabível seria a reintegração de posse.

Por isso, "são cabíveis ações possessórias movidas por um particular contra outro, para resguardar o exercício do uso de via pública que constitui servidão de passagem, já que ela constitui bem imóvel público de uso comum do povo" constituiria uma assertiva correta.

Do informativo:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO POR PARTICULARES DE DEMANDA POSSESSÓRIA RELACIONADA A BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO.

Particulares podem ajuizar ação possessória para resguardar o livre exercício do uso de via municipal (bem público de uso comum do povo) instituída como servidão de passagem. A doutrina define os bens públicos de uso comum do povo como aqueles destinados por natureza ou por lei ao uso coletivo. Nesse sentido, a afetação ao uso comum coletivo deve ser entendida como a que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade. No tocante à posse, importa ressaltar que o CC adotou o conceito doutrinário de Ihering, segundo o qual "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade", distinguindo-se da detenção, por sua vez, pela circunstância de a lei, por determinação expressa, excluir "a proteção possessória, atendendo às circunstâncias peculiares da causa detentionis, do motivo que provocou a situação material". A importância da distinção entre posse e detenção, para o deslinde da controvérsia, refere-se ao fato de que a mera detenção não confere a seu titular o direito de proteção jurídica. Nessa linha de entendimento, frise-se que a jurisprudência do STJ adotou orientação no sentido de que o ordenamento jurídico excluiu a possibilidade de proteção possessória à situação de fato exercida por particulares sobre bens públicos dominicais, classificando o exercício dessa situação de fato como mera detenção. Essa proposição, não obstante, não se estende à situação de fato exercida por particulares sobre bens públicos de uso comum do povo, razão pela qual há possibilidade jurídica na proteção possessória do exercício do direito de uso de determinada via pública. A posse consiste numa situação de fato criadora de um dever de abstenção oponível erga omnes. Outrossim, o instituto pode ser exercido em comum, na convergência de direitos possessórios sobre determinada coisa. Nessa hipótese, incide o disposto no art. 1.199 do CC, segundo o qual "se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores". Na posse de bens públicos de uso comum do povo, portanto, o compossuidor prejudicado pelo ato de terceiro ou mesmo de outro compossuidor poderá "lançar mão do interdito adequado para reprimir o ato turbativo ou esbulhativo", já que "pode intentar ação possessória não só contra o terceiro que o moleste, como contra o próprio consorte que manifeste propósito de tolhê-lo no gozo de seu direito". **REsp 1.582.176-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/9/2016, DJe 30/9/2016.**

2 – Direito Empresarial

SÚMULA N. 581

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.

Segunda Seção, aprovada em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pela Prof. Estefânia Rossignoli:

a) apresentação resumida do caso

Após diversos processos em que se questionava a possibilidade de dar prosseguimento a ação contra o devedor solidário do empresário em recuperação judicial, o STJ sumulou o entendimento de que as ações devem seguir seu curso normal.

b) conteúdo teórico pertinente

Um devedor em recuperação judicial poderá ter dívidas nas quais foram estabelecidas garantias, cambiais, reais ou fidejussória. Ao requerer a recuperação, tais dívidas irão entrar no plano de recuperação judicial e, de acordo com o início do art. 59 da Lei nº 11.101/2005 “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido (...)”.

Já que ocorre a novação, começou a haver o questionamento da aplicação do art. 363 do Código Civil que estipula se extinguem os acessórios e as garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Ao aplicar o referido dispositivo, com a novação operada pelo plano, extinguir-se-iam as garantias e as possíveis ações propostas contra terceiros, devedores solidários deveriam ser extintas.

Ocorre que os credores atentaram-se para a parte final do art. 59 da Lei de Falência e Recuperação que prevê que o plano “obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.”

Se não pode haver prejuízo em relação às garantias, elas não poderão ser extintas com a novação realizada pela aprovação do plano.

Além disso, há a previsão do § 1º do art. 49 da Lei que diz: “Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.”

O STJ já havia reafirmado esse entendimento em recurso especial repetitivo, fixando a seguinte tese: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005.” (STJ. 2ª Seção. REsp 1333349/SP, Rel. Min.Luis Felipe Salomão, julgado em 26/11/2014)

Também a doutrina já havia firmado tal posicionamento, já que na I Jornada de Direito Comercial do CJF/STJ já havia sido aprovado enunciado nº 43 com a seguinte redação: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor.”

Agora o entendimento foi sumulado.

c) questão de prova

Em provas, podemos ter a seguinte assertiva:

Pelo fato de o plano de recuperação judicial fazer novação, o entendimento do STJ é que sua aprovação irá suspender as ações e execuções contra os devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.

Errada a assertiva.

3 – Direito Penal

SÚMULA N. 582

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

Terceira Seção, aprovada em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

A Doutrina CLÁSSICA desenvolveu quatro teorias, basicamente, para tentar explicar a consumação no crime de roubo:

- a) *Concretatio* – Bastaria tocar a coisa, mediante violência ou grave ameaça, para que o furto se consumasse.
- b) *Apprehensio rei* – Bastaria que o agente, após o emprego de violência ou grave ameaça, segurasse a coisa para que o delito restasse consumado.
- c) *Amotio* – O roubo se consumaria com o deslocamento da coisa para outro lugar, ainda que sem a posse mansa e pacífica sobre a coisa, após o emprego de violência ou grave ameaça por parte do agente.
- d) *Ablatio* – Após o emprego de violência ou grave ameaça, o agente deveria transportar a coisa para outro local, devendo obter a posse mansa e pacífica sobre a coisa.

Contemporaneamente, contudo, a Doutrina e a Jurisprudência desenvolveram, com base nestes conceitos, três correntes de entendimento sobre a consumação do roubo:

- 1 – Bastaria, após o emprego de violência ou grave ameaça, a mera subtração da coisa, sua retirada do poder da vítima, ainda que por breve espaço de tempo e sem transporte para outro local, ainda que a coisa seja retomada rapidamente em virtude de perseguição policial, sendo desnecessário que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima.
- 2 – Bastaria, após o emprego de violência ou grave ameaça, a subtração da coisa, COM A RETIRADA da coisa da esfera de vigilância da vítima, ainda que não houvesse a posse mansa e pacífica.
- 3 – É necessário, para a consumação do roubo, que haja a posse mansa e pacífica sobre a coisa, após o emprego de violência ou grave ameaça.

Atualmente, já vinha prevalecendo a PRIMEIRA CORRENTE, tanto no STF quanto no STJ. Vale ressaltar que alguns Doutrinadores (seguidos pelo STJ) entendem que as teorias da *apprehensio* e da *amotio* dizem, ao fim e ao cabo, a mesma coisa, e que ela

corresponderia, atualmente, à primeira corrente, sendo portanto, a teoria atualmente adotada.

O que o STJ fez, portanto, foi apenas sumular o entendimento que já estava maduro na Corte.

Questão de prova:

José aborda Maria na rua e, mediante o emprego de grave ameaça, exige a entrega de seu aparelho celular, avaliado em R\$ 4.000,00. Maria entrega o aparelho e José sai correndo, sendo capturado alguns metros depois por policiais que haviam acabado de presenciar o ocorrido. Neste caso, José praticou o crime de roubo na modalidade tentada.

A questão está errada.

DIREITO PENAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 1º DO ART. 158 DO CP SOBRE A EXTORSÃO QUALIFICADA PREVISTA NO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL.

Em extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, sendo essa condição necessária para a obtenção da vantagem econômica (art. 158, § 3º, do CP), é possível a incidência da causa de aumento prevista no § 1º do art. 158 do CP (crime cometido por duas ou mais pessoas ou com emprego de arma).

REsp 1.353.693-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso

Discutia-se, neste caso, a aplicabilidade da causa de aumento de pena do §1º do art. 158 do CP ao crime de extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, previsto no art. 158, §3º do CP (conhecido como "sequestro relâmpago").

b) Conteúdo teórico pertinente

O §1º do art. 158 do CP traz uma causa de aumento de pena (1/3 até a metade), caso o crime seja cometido por duas ou mais pessoas ou mediante o uso de arma. Vejamos:

Extorsão

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

Todavia, discutia-se se essa causa de aumento de pena era aplicável apenas à forma simples da extorsão (caput do art. 158) ou se também poderia ser aplicada à extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, prevista no art. 158, §3º do CP.

O STJ decidiu que a causa de aumento de pena do §1º do art. 158 é aplicável também à extorsão qualificada, do art. 158, §3º do CP. Isso porque o simples fato de a causa de aumento de pena se encontrar topograficamente antes da figura qualificada não

poderia ser óbice à aplicação da causa de aumento, em raciocínio semelhante ao adotado para determinar-se a aplicação da causa de aumento de pena do furto praticado mediante repouso noturno (art. 155, §1º do CP) ao furto qualificado (art. 155, §4º do CP).

A Corte sustentou, ainda, que a figura qualificada se encontra após a causa de aumento de pena porque foi incluída posteriormente no CP, e não por uma opção legislativa, ou seja, não denota eventual intenção do legislador de afastar a aplicação, em relação a esta forma qualificada, da causa de aumento de pena.

c) Síntese

Aplica-se também à extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima (art. 158, §3º do CP) a causa de aumento de pena prevista no art. 158, §1º do CP (crime cometido por duas ou mais pessoas ou mediante o uso de arma).

Do informativo:

DIREITO PENAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 1º DO ART. 158 DO CP SOBRE A EXTORSÃO QUALIFICADA PREVISTA NO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL.

Em extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, sendo essa condição necessária para a obtenção da vantagem econômica (art. 158, § 3º, do CP), é possível a incidência da causa de aumento prevista no § 1º do art. 158 do CP (crime cometido por duas ou mais pessoas ou com emprego de arma). A Lei n. 11.923/2009 não cria um novo delito autônomo chamado de "sequestro relâmpago", sendo apenas um desdobramento do tipo do crime de extorsão, uma vez que o legislador apenas definiu um modus operandi do referido delito. É pressuposto para o reconhecimento da extorsão qualificada a prática da ação prevista no caput do art. 158 do CP, razão pela qual não é possível dissociar o crime qualificado das circunstâncias a serem sopesadas na figura típica do art. 158. Assim, tendo em vista que o texto legal é dotado de unidade e que as normas se harmonizam, conclui-se, a partir de uma interpretação sistemática do art. 158 do CP, que o seu § 1º não foi absorvido pelo § 3º, pois, como visto, o § 3º constitui-se qualificadora, estabelecendo outro mínimo e outro máximo da pena abstratamente cominada ao crime; já o § 1º prevê uma causa especial de aumento de pena. Dessa forma, ainda que topologicamente a qualificadora esteja situada após a causa especial de aumento de pena, com esta não se funde, uma vez que tal fato configura mera ausência de técnica legislativa, que se explica pela inserção posterior da qualificadora do § 3º no tipo do art. 158 do CP, que surgiu após uma necessidade de reprimir essa modalidade criminosa. Ademais, não há qualquer impedimento do crime de extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima ser praticado por uma só pessoa sem o emprego de arma, o que configuraria o crime do § 3º do art. 158 do CP sem a causa de aumento do § 1º do art. 158. Em circunstância análoga, na qual foi utilizada majorante prevista topologicamente em parágrafo anterior à forma qualificada, tal como na hipótese, o STJ decidiu que, sendo compatível o privilégio do art. 155, § 2º, do CP com as hipóteses objetivas de furto qualificado (REsp 1.193.194-MG, Terceira Seção, recurso representativo de controvérsia, DJe 28/8/2012), mutatis mutandis, não há incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno (AgRg no AREsp 741.482-MG, Quinta Turma, DJe 14/9/2015; e HC 306.450-SP, Sexta Turma, DJe 17/12/2014). **REsp 1.353.693-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016.**

DIREITO PENAL. HIPÓTESE DE CONSUNÇÃO DO CRIME DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS PELO CRIME DO ART. 273 DO CP.

Ainda que alguns dos medicamentos e substâncias ilegais manipulados, prescritos, alterados ou comercializados contenham substâncias psicotrópicas capazes de causar dependência elencadas na Portaria n. 344/1998 da SVS/MS - o que, em princípio, caracterizaria o tráfico de drogas -, a conduta criminosa dirigida, desde o início da empreitada, numa sucessão de eventos e sob a fachada de uma farmácia, para a única finalidade de manter em depósito e vender ilegalmente produtos falsificados destinados a fins terapêuticos ou medicinais enseja condenação unicamente pelo crime descrito no art. 273 do CP - e não por este delito em concurso com o tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei de Drogas).

REsp 1.537.773-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/8/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso

Discutia-se, neste caso, se o agente deveria responder pelos delitos de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP) ou apenas por um dos delitos.

b) Conteúdo teórico pertinente

O STJ decidiu no sentido de que não há cumulação de delitos na hipótese, pois ainda que se considere que alguns dos medicamentos e substâncias ilegais manipulados, prescritos, alterados ou comercializados contenham substâncias psicotrópicas que possam ser consideradas como drogas (pois são capazes de causar dependência e estão elencadas na Portaria n. 344/1998 da SVS/MS), a conduta do agente era direcionada, desde o início, para a única finalidade de manter em depósito e vender ilegalmente produtos falsificados destinados a fins terapêuticos ou medicinais (inclusive sob a fachada de "Farmácia"), de forma que deveria haver condenação apenas pelo crime descrito no art. 273 do CP, e não por este delito em concurso com o crime de tráfico de drogas.

c) Síntese

Não há concurso de crimes entre os delitos de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP) quando o agente, desde o início, tinha apenas a intenção de manter em depósito e vender ilegalmente produtos falsificados destinados a fins terapêuticos ou medicinais, ainda que alguns desses produtos possam causar dependência e estejam elencados na Portaria n. 344/1998 da SVS/MS.

Do informativo:

DIREITO PENAL. HIPÓTESE DE CONSUNÇÃO DO CRIME DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS PELO CRIME DO ART. 273 DO CP.

Ainda que alguns dos medicamentos e substâncias ilegais manipulados, prescritos, alterados ou comercializados contenham substâncias psicotrópicas capazes de causar dependência elencadas na Portaria n. 344/1998 da SVS/MS - o que, em princípio, caracterizaria o tráfico de drogas -, a conduta criminosa dirigida, desde o início da empreitada, numa sucessão de eventos e sob a

fachada de uma farmácia, para a única finalidade de manter em depósito e vender ilegalmente produtos falsificados destinados a fins terapêuticos ou medicinais enseja condenação unicamente pelo crime descrito no art. 273 do CP - e não por este delito em concurso com o tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei de Drogas). Por um lado, os tipos penais previstos no art. 273 do CP - cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública - visam a punir a conduta do agente que, entre outros, importa, vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto "falsificado, corrompido, adulterado ou alterado", "sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente" ou "de procedência ignorada". Por outro lado, o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas - importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer -, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo "drogas". A partir daí, emerge a necessidade de se analisar o conteúdo do preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual "consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União". Em acréscimo, estabelece o art. 66 da referida lei que, "para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998". Diante disso, conclui-se que a definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), advém da Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (daí a classificação doutrinária, em relação ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de que se está diante de uma norma penal em branco heterogênea). Em verdade, o caso em análise retrata típica hipótese de conflito aparente de normas penais, a ser resolvido pelo critério da absorção (ou princípio da consunção). Nesse contexto, mister destacar que um dos requisitos do concurso aparente de normas penais e do princípio da consunção consiste, justamente, na pluralidade de normas aparentemente aplicáveis a uma mesma hipótese. Isso acarreta a necessidade de que o caso concreto preencha, aparente e completamente, a estrutura essencial de todas as normas incriminadoras. Na espécie, não obstante, à primeira vista, a valoração dos fatos postos em discussão aponte, em tese, para o possível cometimento, em concurso, dos crimes de tráfico de drogas e de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, certo é que o fato rendeu a prática de um único crime. Com efeito, há de se analisar o contexto fático em uma perspectiva axiológica da realidade, de modo a se admitir serem várias as interpretações possíveis dessa realidade em confronto com as condutas que venham a ensejar a intervenção penal. Em uma análise global (conjunta) dos fatos criminosos, um deles se mostra valorativamente insignificante - embora não insignificante, se isoladamente considerado - diante de outro (ou de outros), de modo a perder seu significado autônomo. Nesse contexto, não se mostra plausível sustentar a prática de dois crimes distintos e em concurso material quando, em um mesmo cenário fático, se observa que a intenção criminosa era dirigida para uma única finalidade, visto que, no caso em apreço, a conduta criminosa, desde o início da empreitada, era orientada para, numa sucessão de eventos e sob a fachada de uma farmácia, falsificar e vender produtos falsificados destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Essa unidade de valor jurídico da situação de fato justifica, no caso concreto, a aplicação de uma só norma penal. Perfeitamente factível, portanto, a consunção, aplicável quando a intenção criminosa una é alcançada pelo cometimento de mais de um crime, devendo o agente, no entanto, ser punido por apenas um delito, de forma a, também e principalmente, obviar a sobrecarga punitiva, incompatível com a proporcionalidade da sanção, princípio regente no processo de individualização da pena. Inequivoco, assim, que o fato aparentemente compreendido na norma incriminadora afastada (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) encontra-se, na inteireza da sua estrutura e do seu significado valorativo, na estrutura do crime regulado pela norma que, no caso, será prevalecente (art. 273 do CP). **REsp 1.537.773-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/8/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR EM HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO.

Em homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), ainda que realizada composição civil entre o autor do crime e a família da vítima, é inaplicável o arrependimento posterior (art. 16 do CP).

REsp 1.561.276-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/6/2016, DJe 15/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso

Discutia-se, neste caso, se o agente que pratica o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor poderia ser beneficiado com a figura do arrependimento posterior, na hipótese de realizar composição civil (acordo para reparação do dano) com a família da vítima.

b) Conteúdo teórico pertinente

O arrependimento posterior não exclui o crime, pois este já se consumou, mas é causa obrigatória de diminuição de pena. Ocorre quando, nos crimes em que não há violência ou grave ameaça à pessoa, o agente, até o recebimento da denúncia ou queixa, repara o dano provocado ou restitui a coisa. Nos termos do art. 16 do CP:

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Vejam que não se aplica o instituto se o crime é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

O STJ passou a adotar entendimento no sentido de que, para que seja possível a aplicação da referida causa de diminuição de pena, seria necessário que o crime praticado fosse patrimonial ou de efeitos patrimoniais.

Isto posto, o STJ decidiu no sentido de que eventual composição civil dos danos entre o autor do fato e a família da vítima, no crime de homicídio culposo na direção de veículo, não configura “reparação do dano”, eis que o dano causado é irreparável, de maneira que eventual indenização à família não é capaz de retornar a situação ao “status quo” (estado anterior).

c) Síntese

Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior ao crime de homicídio culposo na direção de veículo, eis que o dano causado é irreparável, de maneira que eventual composição civil dos danos (indenização à família) não é capaz de retornar a situação ao “status quo” (estado anterior).

Do informativo:

DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR EM HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO.

Em homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), ainda que realizada composição civil entre o autor do crime e a família da vítima, é inaplicável o arrependimento posterior (art. 16 do CP). O STJ possui entendimento de que, para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, faz-se necessário que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais (HC 47.922-PR, Quinta Turma, DJ 10/12/2007; e REsp 1.242.294-PR, Sexta Turma, DJe 3/2/2015). Na hipótese em análise, a tutela penal abrange o bem jurídico, o direito fundamental mais importante do ordenamento jurídico, a vida, que, uma vez ceifada, jamais poderá ser restituída, reparada. Não se pode, assim, falar que o delito do art. 302 do CTB é um crime patrimonial ou de efeito patrimonial. Além disso, não se pode reconhecer o arrependimento posterior pela impossibilidade de reparação do dano cometido contra o bem jurídico vida e, por conseguinte, pela impossibilidade de aproveitamento pela vítima da composição financeira entre a agente e a sua família. Sendo assim, inviável o reconhecimento do arrependimento posterior na hipótese de homicídio culposo na direção de veículo automotor. **REsp 1.561.276-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/6/2016, DJe 15/9/2016.**

DIREITO PENAL. NATUREZA DA LESÃO CORPORAL QUE RESULTA EM PERDA DE DENTES.

A lesão corporal que provoca na vítima a perda de dois dentes tem natureza grave (art. 129, § 1º, III, do CP), e não gravíssima (art. 129, § 2º, IV, do CP).

REsp 1.620.158-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/9/2016, DJe 20/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso

Discutia-se, neste caso, se o agente que pratica o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor poderia ser beneficiado com a figura do arrependimento posterior, na hipótese de realizar composição civil (acordo para reparação do dano) com a família da vítima.

b) Conteúdo teórico pertinente

O arrependimento posterior não exclui o crime, pois este já se consumou, mas é causa obrigatória de diminuição de pena. Ocorre quando, nos crimes em que não há violência ou grave ameaça à pessoa, o agente, até o recebimento da denúncia ou queixa, repara o dano provocado ou restitui a coisa. Nos termos do art. 16 do CP:

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Vejam que não se aplica o instituto se o crime é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

O STJ passou a adotar entendimento no sentido de que, para que seja possível a aplicação da referida causa de diminuição de pena, seria necessário que o crime praticado fosse patrimonial ou de efeitos patrimoniais.

Isto posto, o STJ decidiu no sentido de que eventual composição civil dos danos entre o autor do fato e a família da vítima, no crime de homicídio culposo na direção de veículo, não configura "reparação do dano", eis que o dano causado é irreparável, de maneira que eventual indenização à família não é capaz de retornar a situação ao "status quo" (estado anterior).

c) Síntese

Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior ao crime de homicídio culposo na direção de veículo, eis que o dano causado é irreparável, de maneira que eventual composição civil dos danos (indenização à família) não é capaz de retornar a situação ao "status quo" (estado anterior).

Do informativo:

DIREITO PENAL. NATUREZA DA LESÃO CORPORAL QUE RESULTA EM PERDA DE DENTES.

A lesão corporal que provoca na vítima a perda de dois dentes tem natureza grave (art. 129, § 1º, III, do CP), e não gravíssima (art. 129, § 2º, IV, do CP). Com efeito, deformidade, no sentido médico-legal, ensina doutrina, "é o prejuízo estético adquirido, visível, indelével, oriundo da deformação de uma parte do corpo". Assim, a perda de dois dentes, muito embora possa reduzir a capacidade funcional da mastigação, não enseja a deformidade permanente prevista no art. 129, § 2º, IV, do CP e, sim, debilidade permanente (configuradora de lesão corporal grave). De fato, a perda da dentição pode implicar redução da capacidade mastigatória e até, eventualmente, dano estético, o qual, apesar de manter o seu caráter definitivo - se não reparado em procedimento interventivo -, não pode ser, na hipótese, de tal monta a qualificar a vítima como uma pessoa deformada. Dessa forma, entende-se que o resultado provocado pela lesão causada à vítima (perda de dois dentes) subsume-se à lesão corporal grave, e não à gravíssima. Precedente citado: REsp 1.220.094-MG, Quinta Turma, DJe 9/3/2011. **REsp 1.620.158-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/9/2016, DJe 20/9/2016.**

4 – Direito Processual Penal

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE CALENDÁRIO ANUAL DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS POR ATO JUDICIAL ÚNICO. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

É recomendável que cada autorização de saída temporária do preso seja precedida de decisão judicial motivada. Entretanto, se a apreciação individual do pedido estiver, por deficiência exclusiva do aparato estatal, a interferir no direito subjetivo do apenado e no escopo ressocializador da pena, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP.

REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Conteúdo teórico pertinente

A **saída temporária** é um benefício da execução penal, e é realizada SEM ESCOLTA¹, podendo ser deferida por um prazo **MÁXIMO DE SETE DIAS**, em, no máximo, **CINCO VEZES AO ANO (total, portanto, de 35 dias por ano, no máximo)**. Vejamos:

Art. 122. *Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:*

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. *A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)*

Vejam que é necessário que o preso se encontre no regime **SEMIABERTO**, não sendo possível, portanto, aos presos do regime fechado.

Aqui, por se tratar de uma saída sem escolta, além de o condenado dever estar cumprindo pena em regime semiaberto, **quem concede o benefício NÃO É O DIRETOR DO ESTABELECIMENTO**, mas o **JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL**, após ouvido o MP e a administração penitenciária que cuida do preso, devendo, sempre, observar os requisitos do art. 123, que são:

Art. 123. *A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:*

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124. *A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.*

Assim, basicamente, é necessário que haja:

- ⇒ **Bom comportamento**
- ⇒ **Cumprimento de 1/6 da pena, se primário, e 1/4 se reincidente**
- ⇒ **Compatibilidade do benefício com os objetivos da pena**

O que o STJ decidiu no presente caso foi que, a despeito da necessidade de que o benefício seja concedido pelo Juiz da execução penal, nada impede que seja fixado um calendário anual de saídas temporárias, por ato judicial único. Isso se dá porque, a despeito de o ideal ser a prolação de uma decisão isolada para cada saída temporária, nem sempre isso poderá ser concretizado sem que haja prejuízo ao condenado, ante a deficiência do aparato estatal.

¹ Embora não haja vigilância direta sobre o preso, a Lei 12.258/10 permitiu a utilização de MONITORAÇÃO ELETRÔNICA, de forma a dar alguma segurança de que o preso não irá se evadir.

Ou seja, o STJ decidiu que é possível ao Juiz, por um único ato judicial, estabelecer o calendário anual de saídas temporárias do preso, de forma a evitar que, ante a morosidade do Judiciário, o condenado tenha prejudicado seu direito à obtenção do benefício.

b) Síntese

É possível, excepcionalmente, a fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, caso a demora na apreciação individual dos pedidos (por deficiência exclusiva do aparato estatal) puder prejudicar a obtenção do benefício por parte do condenado.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE CALENDÁRIO ANUAL DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS POR ATO JUDICIAL ÚNICO. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

É recomendável que cada autorização de saída temporária do preso seja precedida de decisão judicial motivada. Entretanto, se a apreciação individual do pedido estiver, por deficiência exclusiva do aparato estatal, a interferir no direito subjetivo do apenado e no escopo ressocializador da pena, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP. A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos REspS 1.166.251-RJ (DJe 4/9/2012) e 1.176.264-RJ (DJe 3/9/2012), em análise de matéria repetitiva, fixou a interpretação do art. 122 e seguintes da LEP, relacionados à saída temporária. Os precedentes deram ensejo à tese firmada sob o Tema 445: "A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais. Não é possível delegar ao administrador do presídio a fiscalização sobre diversas saídas temporárias, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado das execuções penais, sujeita à ação fiscalizadora do Ministério Público." Também ensejaram esses precedentes a edição da Súmula n. 520 do STJ, verbis: "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional." Vê-se que a jurisprudência majoritária do STJ repudia as denominadas saídas temporárias em bloco ou automatizadas, por meio de ato judicial único, na medida em que cada saída temporária deve ser precedida de decisão motivada do Juízo da execução, com a intervenção do Ministério Público, sem a possibilidade de delegar ao administrador do presídio a escolha da data em que o reeducando usufruirá do benefício. Contudo, insta destacar que o respeito aos precedentes também envolve o dever de aperfeiçoá-los, adaptá-los ou mesmo revogá-los, quando não mais correspondam aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica, conforme doutrina. Com efeito, a deficiência do aparato estatal e a exigência de decisão isolada para cada saída temporária - dada a necessidade de cumprimento de diversas diligências para instrução e posterior decisão do pleito - estão a ocasionar excessiva demora na análise do direito dos apenados, com inexorável e intolerável prejuízo ao seu processo de progressiva ressocialização, objetivo-mor da execução das sanções criminais, conforme deixa claro o art. 1º da Lei n. 7.210/1984 ("Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado"). Inclusive, o STF, em diversas oportunidades, ao analisar acórdãos do STJ apoiados nos recursos repetitivos já referidos, concedeu habeas corpus para reconhecer a possibilidade de renovação periódica da saída temporária, que "permite ao juízo das execuções penais programar, observados os restritos limites legais, as saídas subsequentes à da concessão do benefício, a fim de inibir eventual delonga ou até mesmo impossibilidade no usufruto da saída não vigiada" (HC 129.167-RJ, Segunda Turma, DJe 11/12/2015). Nesse contexto, as autorizações de saída temporária não podem, na sua concreta aplicação, negligenciar a natureza desse instituto, concebido como instrumento integrativo voltado para o restabelecimento do vínculo familiar e para a reaproximação do recluso com a sociedade. É, por conseguinte, inoportuno e atentatório à dignidade que o condenado permaneça no regime semiaberto e, por mera e exclusiva deficiência estrutural e funcional do aparato estatal, não tenha condições de usufruir o benefício em questão, apesar de preencher os requisitos legais. A situação de carência do aparato judicial reforça a necessidade de modificação da Tese 445 do STJ, para o fim de concretizar o benefício das saídas temporárias, sem retirar, por certo, da autoridade judiciária a competência para a análise dos requisitos objetivo e

subjetivo do benefício, sob a fiscalização do Ministério Público. Pela estabilidade e pela coerência da interpretação do art. 123 da LEP, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de a autoridade judicial, em única decisão motivada, autorizar saídas temporárias anuais previamente programadas, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP. Ressalte-se que a autorização continuará a ser deferida por ato do Juízo da execução, ouvidos previamente o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos requisitos legais, idênticos para os benefícios futuros. A meta continua a ser a análise individual e célere de cada saída temporária, de modo a proporcionar aos reeducandos a almejada jurisdição e a gradativa reinserção no meio familiar e social. Entretanto, se a tramitação individual de cada pedido estiver, por questões locais, a interferir no direito subjetivo do apenado e a ocasionar demora excessiva do Judiciário para proferir decisões sobre o benefício, por carência exclusiva do aparato estatal, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de o juiz estabelecer calendário prévio de saídas temporárias anuais em ato judicial único, respeitadas as hipóteses de revogação automática do benefício. **REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE CALENDÁRIO PRÉVIO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

O calendário prévio das saídas temporárias deverá ser fixado, obrigatoriamente, pelo Juízo das execuções, não se lhe permitindo delegar à autoridade prisional a escolha das datas específicas nas quais o apenado irá usufruir os benefícios. Inteligência da Súmula n. 520 do STJ.

REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Conteúdo teórico pertinente

A **saída temporária** é um benefício da execução penal, e é realizada SEM ESCOLTA², podendo ser deferida por um prazo **MÁXIMO DE SETE DIAS**, em, no máximo, **CINCO VEZES AO ANO (total, portanto, de 35 dias por ano, no máximo)**. Vejamos:

Art. 122. *Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:*

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. *A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)*

Vejam que é necessário que o preso se encontre no regime **SEMIABERTO**, não sendo possível, portanto, aos presos do regime fechado.

Aqui, por se tratar de uma saída sem escolta, além de o condenado dever estar cumprindo pena em regime semiaberto, **quem concede o benefício NÃO É O DIRETOR DO ESTABELECIMENTO**, mas o **JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL**, após ouvido o

² Embora não haja vigilância direta sobre o preso, a Lei 12.258/10 permitiu a utilização de MONITORAÇÃO ELETRÔNICA, de forma a dar alguma segurança de que o preso não irá se evadir.

MP e a administração penitenciária que cuida do preso, devendo, sempre, observar os requisitos do art. 123, que são:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

Assim, basicamente, é necessário que haja:

- ⇒ **Bom comportamento**
- ⇒ **Cumprimento de 1/6 da pena, se primário, e 1/4 se reincidente**
- ⇒ **Compatibilidade do benefício com os objetivos da pena**

O que o STJ decidiu no presente caso foi que, não obstante seja possível a elaboração de um calendário anual de saídas temporárias, por ato judicial único, tal calendário deverá ser fixado pelo Juiz da Execução Penal, não podendo ser delegada tal tarefa à Administração Penitenciária, por se tratar de ato obrigatoriamente jurisdicional, inclusive por força do que dispõe o verbete nº 520 da Súmula de Jurisprudência do STJ:

Súmula 520 do STJ: "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional."

b) Síntese

Embora seja possível, excepcionalmente, a elaboração de um calendário anual de saídas temporárias, por ato judicial único, tal calendário deverá ser fixado pelo Juiz da Execução Penal, não podendo ser delegada tal tarefa à Administração Penitenciária, por se tratar de ato obrigatoriamente jurisdicional.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE CALENDÁRIO PRÉVIO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

O calendário prévio das saídas temporárias deverá ser fixado, obrigatoriamente, pelo Juízo das execuções, não se lhe permitindo delegar à autoridade prisional a escolha das datas específicas nas quais o apenado irá usufruir os benefícios. Inteligência da Súmula n. 520 do STJ. A teor da Súmula n. 520 do STJ, "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional". Decerto que a administração penitenciária será ouvida e poderá subsidiar o órgão julgador com informações relacionadas à rotina carcerária, a fim de melhor escolher as datas que serão ideais para a fiscalização do cumprimento dos horários e das condições do benefício. Todavia, o diretor do presídio não detém atribuição legal, ou mesmo as garantias constitucionais da magistratura, para escolha, por discricionariedade, da data em que, por conveniência do presídio ou por pedido particular do reeducando, deverá ser usufruída a saída temporária do art. 122 da LEP. Apesar de

haver entendimentos em contrário, a execução penal não constitui mera atividade administrativa, mas implica tutela jurisdicional. Em análise crítica, escolher a data das saídas temporárias acaba por conferir indevido poder decisório ao diretor do estabelecimento, com inegável acúmulo de atribuições não previstas na legislação específica. A LEP é expressa ao estabelecer as hipóteses nas quais é possível a interferência da autoridade administrativa, sempre em situações pontuais, mediante comunicação do Poder Judiciário e do Ministério Público, tais como a permissão de saída do art. 120 da LEP, a regressão cautelar de regime etc. Não há obstáculos relevantes que impeçam o juiz de indicar as datas das saídas temporárias, de sorte que não se justifica e não se mostra legítima a pretensão de transferir ao diretor do presídio tal competência (opção que, afastada da lei, traria também o acúmulo de atribuições no âmbito administrativo, com inexorável incremento da demora na análise de pedidos particulares de reclusos). Por tais motivos, deve permanecer incólume o entendimento consagrado na Súmula n. 520 do STJ. **REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MAIS DE CINCO SAÍDAS TEMPORÁRIAS POR ANO. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

Respeitado o limite anual de 35 dias, estabelecido pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração.

REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Conteúdo teórico pertinente

A **saída temporária** é um benefício da execução penal, e é realizada SEM ESCOLTA³, podendo ser deferida por um prazo **MÁXIMO DE SETE DIAS**, em, no máximo, **CINCO VEZES AO ANO (total, portanto, de 35 dias por ano, no máximo)**. Vejamos:

Art. 122. *Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:*

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. *A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)*

Vejam que é necessário que o preso se encontre no regime **SEMIABERTO**, não sendo possível, portanto, aos presos do regime fechado.

Aqui, por se tratar de uma saída sem escolta, além de o condenado dever estar cumprindo pena em regime semiaberto, **quem concede o benefício NÃO É O DIRETOR DO ESTABELECIMENTO**, mas o **JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL**, após ouvido o MP e a administração penitenciária que cuida do preso, devendo, sempre, observar os requisitos do art. 123, que são:

³ Embora não haja vigilância direta sobre o preso, a Lei 12.258/10 permitiu a utilização de MONITORAÇÃO ELETRÔNICA, de forma a dar alguma segurança de que o preso não irá se evadir.

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

Assim, basicamente, é necessário que haja:

- ⇒ **Bom comportamento**
- ⇒ **Cumprimento de 1/6 da pena, se primário, e 1/4 se reincidente**
- ⇒ **Compatibilidade do benefício com os objetivos da pena**

O que o STJ decidiu no presente caso foi que, embora a LEP estabeleça um máximo de cinco saídas temporárias por ano (em prazo não superior a sete dias cada uma), é lícito ao Juiz da Execução Penal conceder maior número de saídas temporárias, desde que respeitado o máximo de 35 dias por ano (ex.: conceder sete saídas temporárias de cinco dias cada).

b) Questão de prova

José cumpre pena em regime semiaberto e preenche os requisitos para a obtenção do benefício da saída temporária. Neste caso, o Juiz da Execução penal poderá conceder a José mais de cinco saídas temporárias por ano, inferiores a sete dias, desde que respeitado o limite de 35 dias por ano.

A assertiva está correta.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MAIS DE CINCO SAÍDAS TEMPORÁRIAS POR ANO. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

Respeitado o limite anual de 35 dias, estabelecido pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração. Prevaleceu o entendimento consagrado pela Terceira Seção do STJ nos REsp 1.166.251-RJ (DJe 4/9/2012) e 1.176.264-RJ (DJe 3/9/2012), julgados sob o rito dos recursos repetitivos, de que é possível à autoridade judicial, atenta às peculiaridades da execução penal, conceder maior número de saídas temporárias (mais de 5 vezes durante o ano), de menor duração (inferior a 7 dias), desde que respeitado o limite de 35 dias no ano, porquanto o fracionamento do benefício é coerente com o processo reeducativo e com a reinserção gradativa do apenado ao convívio social. **REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRAZO MÍNIMO ENTRE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

As autorizações de saída temporária para visita à família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, se limitadas a cinco vezes durante o ano, deverão observar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra. Na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os doze meses do ano e muitas vezes sem pernoite, não se exige o intervalo previsto no art. 124, § 3º, da LEP.

REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Conteúdo teórico pertinente

A **saída temporária** é um benefício da execução penal, e é realizada SEM ESCOLTA, podendo ser deferida por um prazo **MÁXIMO DE SETE DIAS**, em, no máximo, **CINCO VEZES AO ANO (total, portanto, de 35 dias por ano, no máximo)**.

Como vimos anteriormente, o STJ adotou entendimento no sentido de que, embora a LEP estabeleça um máximo de cinco saídas temporárias por ano (em prazo não superior a sete dias cada uma), é lícito ao Juiz da Execução Penal conceder maior número de saídas temporárias, desde que respeitado o máximo de 35 dias por ano (ex.: conceder sete saídas temporárias de cinco dias cada).

Todavia, com a adoção de tal entendimento surge um problema. O art. 124, §3º da LEP exige que haja um intervalo de, no mínimo, 45 dias entre uma saída temporária e outra. Vejamos:

Art. 124 (...) § 3º *Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)*

Os “demais casos” a que se refere o dispositivo são todos os casos em que não se trate de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, pois nestes casos o tempo de duração da saída será o necessário para o cumprimento das atividades, nos termos do art. 124, §2º da LEP.

Assim, como regra geral, em não se tratando de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, deverá haver um intervalo de, no mínimo, 45 dias entre uma saída e outra.

Adotando-se a regra geral de que somente são cabíveis cinco saídas ao ano, não haveria maiores problemas. Porém, considerando o entendimento adotado pelo STJ (no sentido de ser lícito ao Juiz conceder mais de cinco saídas ao ano, desde que nenhuma delas seja por período superior a 07 dias e desde que seja respeitado o limite de 35 dias ao ano), é possível que, em determinados casos, a exigência de intervalos não inferiores a 45 dias inviabilize a fruição do benefício.

Imaginemos que o Juiz pretenda conceder 09 saídas temporárias ao preso (08 saídas de 04 dias e 01 saída de 03 dias). Neste caso, seria impossível manter um intervalo mínimo de 45 dias entre todas elas, já que o ano possui apenas 365 dias.

Desta forma, o STJ adotou, neste caso, o entendimento no sentido de que não se exige o intervalo previsto no art. 124, §3º da LEP na hipótese de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante o ano.

b) Síntese

Não se exige o respeito ao intervalo mínimo e 45 dias entre uma saída temporária e outra na hipótese de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante o ano.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRAZO MÍNIMO ENTRE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445.

As autorizações de saída temporária para visita à família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, se limitadas a cinco vezes durante o ano, deverão observar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra. Na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os doze meses do ano e muitas vezes sem pernoite, não se exige o intervalo previsto no art. 124, § 3º, da LEP. A redação literal do art. 124, § 3º, da LEP estabelece que as autorizações de saídas temporárias fora dos casos de estudo (frequência a cursos profissionalizantes, de instrução de ensino médio ou superior) somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra saída. Contudo, para demonstrar, de forma coerente, o alcance da norma legal, a disposição do § 3º deve ser interpretada não de forma restritiva e isolada, mas em conjunto com o comando do art. 124 da LEP e com a diretriz máxima do art. 1º do mesmo diploma legal, para concretizar o objetivo da saída temporária. De fato, prevaleceu o entendimento consagrado pela Terceira Seção do STJ nos REsp 1.166.251-RJ (DJe 4/9/2012) e 1.176.264-RJ (DJe 3/9/2012) julgados sob o rito dos recursos repetitivos, de que é possível à autoridade judicial, atenta às peculiaridades da execução penal, conceder maior número de saídas temporárias (mais de 5 vezes durante o ano), de menor duração (inferior a 7 dias), desde que respeitado o limite de 35 dias no ano. Realmente, nas hipóteses de visita à família ou de participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, fracionadas em até 5 vezes de até 7 dias, deve-se aplicar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre um benefício e outro. O longo período extramuros, o maior contato com a sociedade sem fiscalização e a necessidade de estímulos ressocializadores ao longo do ano, de forma intervalada e proporcional ao número de meses, justificam o intervalo exigido pela norma legal. O intervalo não pode, entretanto, ser estendido, de maneira literal, aos casos de benefícios de curta duração, na medida em que impediria a renovação das autorizações por mais de 5 períodos - providência já admitida pelo STJ - e criaria verdadeira dificuldade à fruição dos 35 dias de saídas temporárias anuais, além de ir de encontro ao objetivo de solidificação dos laços familiares, essencial para a recuperação do reeducando, razão pela qual a interpretação do § 3º deve ser compatibilizada com a cabeça do art. 124 e com o art. 1º, ambos da LEP. Portanto, na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os 12 meses do ano e muitas vezes sem pernoite, não se exige o intervalo previsto no art. 124, § 3º, da LEP. **REsp 1.544.036-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO COM BASE EM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Determinada judicialmente a busca e apreensão de telefone celular ou smartphone, é lícito o acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido, notadamente quando a referida decisão o tenha expressamente autorizado.

RHC 75.800-PR, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15/9/2016, DJe 26/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso

Discutia-se, neste caso, se era lícito às autoridades responsáveis pela Busca e Apreensão o acesso aos dados armazenados em aparelho celular (ou smartphone), ou se tais dados se encontravam protegidos pela inviolabilidade das comunicações telefônicas.

b) Conteúdo teórico pertinente

A Lei 9.296/96 tem por finalidade regulamentar um dispositivo da Constituição Federal que é um dos pilares de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito: O direito à privacidade.

Vejamos o que diz o artigo 5º, XII da CRFB/88:

Art. 5º (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (*Vide Lei nº 9.296, de 1996*)

Por sua vez, **o art. 1º da Lei 9.296/96** estabelece que:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

No entanto, **o que seria "interceptação de comunicações telefônicas"**? Esse termo significa a captação de conversas realizadas por meio telefônico, entre TERCEIROS, e ocorre quando NENHUM DOS INTERLOCUTORES TEM CIÊNCIA DA GRAVAÇÃO DA CONVERSA (diferentemente do que ocorre com as escutas telefônicas e gravações telefônicas).⁴

O STJ decidiu, aqui, que o acesso ao conteúdo das conversas, quando armazenados em aparelho objeto de busca e apreensão, não configura interceptação das comunicações telefônicas, pois a inviolabilidade das comunicações telefônicas engloba apenas a fluência da comunicação em andamento. Uma vez encerrada a comunicação, eventual

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 478/479

gravação contida em aparelho celular não se encontra abrangida pela proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas.

c) Síntese

Em tendo havido busca e apreensão de aparelho celular ou smartphone, é lícito o acesso aos dados nele contidos, inclusive eventuais conversas telefônicas gravadas, eis que tal acesso não se configura como interceptação de comunicação telefônica.

Do informativo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO COM BASE EM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Determinada judicialmente a busca e apreensão de telefone celular ou smartphone, é lícito o acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido, notadamente quando a referida decisão o tenha expressamente autorizado. A Lei n. 9.296/1996 foi enfática, em seu art. 1º, parágrafo único, ao dispor especificamente sobre a proteção ao fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática. Nessa ordem de ideias, depreende-se da mencionada norma, ao regulamentar o art. 5º, XII, da Carta Magna, que houve uma preocupação do legislador em distinguir o que é a fluência da comunicação em andamento, daquilo que corresponde aos dados obtidos como consequência desse diálogo. Optou-se, em relação aos sistemas de informática e telemática, pela proteção à integridade do curso da conversa desenvolvida pelos interlocutores. Não há, portanto, vedação ao conhecimento do conteúdo dessa interação, já que cada interlocutor poderia excluir a informação a qualquer momento e de acordo com sua vontade. Logo, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/1996. Necessário dizer, ainda, que a Lei n. 12.965/2014, que regulamenta os direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, dispõe, em seu art. 7º, III, o seguinte: "Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial". Na espécie, contudo, existe a autorização judicial a que se remete a legislação, inclusive com a alusão de que poderiam as autoridades responsáveis pela busca e apreensão acessar dados armazenados em eventuais computadores, arquivos eletrônicos de qualquer natureza, smartphones que forem encontrados. E mais, na pressuposição do comando de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal. Assim, se se procedeu à busca e apreensão da base física de aparelhos de telefone celular, a fortiori, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo, o qual, repise-se, já está armazenado.

RHC 75.800-PR, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15/9/2016, DJe 26/9/2016.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE EQUÍVOCO NO RECONHECIMENTO DE REINCIDÊNCIA.

No caso em que o reconhecimento da reincidência tenha origem em infração anterior cuja pena tenha sido cumprida ou extinta há mais de 5 anos, deferido o pedido revisional para diminuir a pena equivocadamente fixada, será devida a indenização ao condenado que tenha sofrido prejuízos em virtude do erro judiciário.

REsp 1.243.516-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016.

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso

A Quinta Turma do STJ discutia, neste caso, se a decisão judicial que reconhece erroneamente o condenado como reincidente poderia ser considerada como "erro judiciário" para fins de indenização pelo Estado.

b) Conteúdo teórico pertinente

O art. 5º, LXXV da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 5º (...)

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Tal dispositivo visa a assegurar ao cidadão uma reparação em razão do erro cometido pelo Judiciário, seja:

- ⇒ Pela condenação posteriormente rescindida
- ⇒ Pelo cumprimento de pena além do previsto na sentença

Vale ressaltar, apenas, que o preso provisório não tem direito à indenização caso, posteriormente, seja considerado inocente. Isto porque a prisão provisória tem natureza cautelar, e não se fundamenta na culpa do indiciado/acusado. Assim, a posterior sentença absolutória não representa assunção, pelo Estado, de um “erro” anterior.

Contudo, no caso concreto, discutia-se se a consideração equivocada a respeito da reincidência, com prejuízo evidente para o condenado, poderia ser considerada como “erro judiciário” para fins de indenização em favor do condenado.

O STJ decidiu que sim, eis que como “erro judiciário” se deve considerar não apenas a sentença condenatória equivocada, mas também aquela que, não obstante esteja correta quanto ao mérito da condenação, de alguma forma provoca evidente prejuízo à liberdade ou à honra do condenado, por erro do Poder Judiciário.

A Quinta Turma do STJ assentou, ainda que a decisão que reconhece o erro judiciário e o direito à indenização servirá como título executivo, devendo ser ajuizada a respectiva ação executiva no Juízo Cível, onde se procederá à liquidação dos valores devidos.

c) Síntese

A decisão judicial que reconhece erroneamente a reincidência do condenado, uma vez rescindida em revisão criminal, configura erro judiciário para fins de indenização ao condenado.

Do informativo:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE EQUÍVOCO NO RECONHECIMENTO DE REINCIDÊNCIA.

No caso em que o reconhecimento da reincidência tenha origem em infração anterior cuja pena tenha sido cumprida ou extinta há mais de 5 anos, deferido o pedido revisional para diminuir a pena equivocadamente fixada, será devida a indenização ao condenado que tenha sofrido prejuízos em virtude do erro judiciário. É que tendo sido reconhecido que o acusado foi considerado indevidamente reincidente, há clara contrariedade ao disposto no art. 64, I, do CP. Sobre o assunto, pondera doutrina: “o conceito de erro judiciário deve transcender as barreiras limitativas da sentença condenatória impositiva de pena privativa de liberdade, para envolver toda e qualquer decisão judicial errônea, que tenha provocado evidente prejuízo à liberdade individual ou mesmo à imagem e à honra do acusado [...]”. E, nessa perspectiva, outra doutrina arremata: “é importante notar que, tal como a sentença condenatória - que serve como título judicial para a execução do dano praticado pelo agente em favor do ofendido (art. 63, CPP) -, também o acórdão rescindido em que se tenha reconhecido o direito à indenização servirá unicamente como título executivo para

o réu condenado injustamente demandar o Estado, cujo quantum deverá ser apurado na esfera cível." **REsp 1.243.516-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016.**

5 – Direito Processual Civil

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA EM JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Admite-se a aplicação da teoria da causa madura (art. 515, § 3º, do CPC/1973) em julgamento de agravo de instrumento.

REsp 1.215.368-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/6/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Ricardo Torques:

a) Apresentação resumida do caso

Segundo o STJ, revendo posicionamento anterior, entende ser aplicada a teoria da causa madura às espécies recursais em geral (entre eles o agravo de instrumento) e não apenas na hipótese literalmente prevista de apelação (art. 1.013, §3º, I, do NCPC).

b) Conteúdo teórico pertinente

Discute-se no STJ a aplicação da "teoria da causa madura" em julgamento de agravo de instrumento.

A teoria é **aplicada comumente na apelação**. Quando, em razão do recurso de apelação, o tribunal anular a decisão originária que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, o próprio tribunal, se a causa estiver "madura" poderá passar ao julgamento imediato do mérito. Caso seja necessária a prática de qualquer outro ato (ou seja, se a causa não estiver "madura"), devolve-se o processo ao primeiro grau de jurisdição.

No NCPC, isso vem expressamente consignado no art. 1013, §2º, II:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...)

§ 3º Se o processo **estiver em condições de imediato julgamento**, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformular sentença fundada no art. 485 [decisões não resolutórias de mérito]; (...)

O questionamento que se fez na Corte Superior é quanto à possibilidade de aplicação dessa teoria no agravo de instrumento. A **doutrina**, como sintetiza Daniel Amorim Assumpção Neves⁵, posiciona-se **favoravelmente** à utilização da teoria para todos os recursos.

Dessa forma, defende-se a aplicação da regra em todo e qualquer recurso, em especial no agravo de instrumento, recurso ordinário constitucional e recurso inominado nos Juizados Especiais, sem, entretanto, desprezar a priori outras espécies recursais, tais como o recurso especial e o recurso extraordinário, por mais particular que seja o caso concreto.

Contudo, no âmbito dos tribunais, não há uma posição majoritária acerca do assunto.

O STJ se **manifestava** pela **impossibilidade** de aplicação da teoria no agravo de instrumento com os seguintes argumentos:

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, volume único, 8ª edição, Bahia: Editora JusPodvim, 2016, p. 694.

INFORMATIVO ESTRATEGICO

INFORMATIVO STJ 590

✍ Deve-se adotar a teoria da causa madura apenas na hipótese literalmente prevista, pois as partes sabem antecipadamente que, se recorrido de sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito, é possível, na hipótese de a ação estar em condições de julgamento, a decisão pelo tribunal.

✍ Se adotado em outras fases recursais, decorreria hipótese de decisão surpresa, a ser evitada no Direito Processual Civil.

No presente caso, o STJ **se alinhou à doutrina majoritária** para compreender que é possível **aplicar a teoria da causa madura a todos os recursos**, sob os seguintes argumentos:

✍ O duplo grau de jurisdição é princípio e não garantia, pelo que poderá ser flexibilizado em determinadas situações, tal como a presente.

✍ Trata-se de técnica que visa acelerar julgamentos.

✍ Poderá ser utilizada, desde que não decorra prejuízo às partes (especialmente no que se refere ao contraditório e à ampla defesa).

✍ O dispositivo está inserido em dispositivo que contém regras gerais aplicáveis a todos os recursos;

✍ Haverá decisão de mérito levando em consideração informações obtidas das decisões interlocutórias sobre aspectos antecipatórios ou instrutórios da instância originária.

Assim, **concluiu o STJ ser admissível a aplicação da teoria da causa madura no julgamento do agravo de instrumento**.

c) Questão de prova

Em prova, poderíamos ter a seguinte assertiva a ser julgada:

O STJ admite a utilização da teoria da causa madura apenas no recurso de apelação, com fundamento na literalidade do Código de Processo Civil, a fim de evitar decisões surpresas em outras espécies recursais.

Está **incorreta** a assertiva, pois esse é o posicionamento anterior da Corte.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA EM JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Admite-se a aplicação da teoria da causa madura (art. 515, § 3º, do CPC/1973) em julgamento de agravo de instrumento. De fato, há precedentes do STJ que pugnam pela não aplicação da teoria da causa madura em agravo de instrumento. Analisando-os, nota-se que a decisão monocrática proferida no REsp 1.150.812-ES (DJe 16/12/2009) tem amparo em outros dois julgados: o REsp 530.053-PR (Segunda Turma, DJ 16/11/2004) e o REsp 445.470-DF (Segunda Turma, DJ 1º/9/2003). De ambos, o último pode ser considerado como o paradigma a respeito da matéria e, após leitura atenta do voto condutor, extrai-se a seguinte fundamentação: "No que se refere à alegação de ofensa ao art. 515 do CPC, deixo de analisá-la porquanto o dispositivo somente é aplicável no julgamento da apelação e não de agravo de instrumento, como na hipótese dos autos." Propõem-se, entretanto, um debate mais aprofundado sobre o tema. Para tanto, parte-se da decisão proferida no AgRg no Ag 867.885-MG (Quarta Turma, DJ 22/10/2007), a qual examinou conceitualmente o art. 515, § 3º, do CPC/1973, com profundidade. Na ocasião, consignou-se: "A novidade representada pelo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil nada mais é do que um atalho, legitimado pela aptidão a acelerar os resultados do processo e desejável sempre que isso for feito sem prejuízo a qualquer das partes; ela constituiu mais um lance da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura com um velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias. Por outro lado, se agora as regras são essas e são conhecidas de todo operador do direito, o autor que apelar contra a sentença terminativa fá-lo-á com a consciência do risco que corre; não há infração à garantia constitucional do devido processo porque as regras do jogo são claras

e isso é fator de segurança das partes, capaz de evitar surpresas." Traçadas as premissas, não se pode descurar que, em sua concepção literal, a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC/1973 pressuporia extinção de processo sem julgamento de mérito por sentença e existência de questão de direito em condições de imediato julgamento. Porém, doutrina processual relevante já superou o dogma da incidência do dispositivo apenas nas hipóteses de sentença/apelação e considera a disposição como relacionada à teoria geral dos recursos. Isso com base em algumas premissas: a) a norma propõe um atalho para acelerar julgamentos baseados na ruptura com o dogma do duplo grau de jurisdição, assumido como princípio, mas não como garantia; b) a disposição não pode acarretar prejuízo às partes, especialmente no que se refere ao contraditório e à ampla defesa; c) a teoria da causa madura não está adstrita ao recurso de apelação, porquanto inserida em dispositivo que contém regras gerais aplicáveis a todos os recursos; e d) admite-se o exame do mérito da causa com base em recursos tirados de interlocutórias sobre aspectos antecipatórios ou instrutórios. Dessa forma, parece razoável entender que: "quem pode o mais, pode o menos." Se a teoria da causa madura pode ser aplicada em casos de agravos de decisões interlocutórias que nem sequer tangenciaram o mérito, resultando no julgamento final da pretensão da parte, é possível supor que não há impedimento à aplicação da teoria para a solução de uma questão efetivamente interlocutória, desde que não configure efetivo prejuízo à parte. **REsp 1.215.368-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/6/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AO CONTRATANTE DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS AD EXITUM.

É possível o deferimento de assistência judiciária gratuita a jurisdicionado que tenha firmado com seu advogado contrato de honorários com cláusula ad exitum.

REsp 1.504.432-RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016.

Comentários pelo Prof. Ricardo Torques:

a) Apresentação resumida do caso

O STJ entende possível a assistência judiciária gratuita quando o contrato prevê o pagamento de honorários contratuais por intermédio da cláusula *ad exitum*.

b) Conteúdo teórico pertinente

O cerne desse julgamento é compreender o significado da referida cláusula ad exitum.

Essa cláusula, como o nome **indica, constitui negócio contratual no sentido de que haverá pagamento de honorários contratuais na medida do êxito da ação**. Assim, o risco decorrente do sucesso judicial irá determinar o pagamento de honorários contratuais.

Questiona-se se a parte pode se valer da assistência judiciária gratuita alegando não ter condições de pagar as despesas do processo, mesmo contratado advogado mediante cláusula de êxito.

Segundo o STJ, essa cláusula potencializa a possibilidade de a pessoa sem condições financeiras, escolher o causídico, que aceitará riscos de não remuneração no indeferimento do pedido. Portanto, não há impedimento para o requerimento da justiça gratuita, nesses casos.

c) Questão de prova

Em prova, estaria **correta** a seguinte assertiva:

Admite-se à parte, mesmo diante de contrato com advogado mediante cláusula de êxito, requerer os benefícios da justiça gratuita, que será deferida na presença dos demais requisitos legais.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AO CONTRATANTE DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS AD EXITUM.

É possível o deferimento de assistência judiciária gratuita a jurisdicionado que tenha firmado com seu advogado contrato de honorários com cláusula ad exitum. Essa solução é consentânea com o propósito da Lei n. 1.060/1950, pois garante ao cidadão de poucos recursos a escolha do causídico que, aceitando o risco de não auferir remuneração no caso de indeferimento do pedido, melhor represente seus interesses em juízo. Ademais, eventual exigência de declaração de patrocínio gratuito incondicional não encontra assento em qualquer dispositivo da Lei n. 1.060/1950, tratando-se de requisito não previsto, em afronta ao princípio plasmado no art. 5º, II, da CF. A propósito, a Quarta Turma do STJ, no julgamento do RMS 7.914-RJ (DJ 28/6/1999), registrou: "não se pode aplaudir a exigência de que o advogado declare que exercerá o patrocínio gratuito, pois tal não está na lei, a qual se contenta com a aceitação, pelo profissional indicado pela parte, da escolha feita (art. 5º, § 4º, da Lei n. 1.060/50)." Precedentes citados: REsp 1.153.163-RS, Terceira Turma, DJe 2/8/2012; REsp 1.404.556-RS, Terceira Turma, DJe 1º/8/2014; e REsp 1.065.782-RS, Quarta Turma, DJe 22/3/2013. **REsp 1.504.432-RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016.**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE DEDUÇÕES E PRESUNÇÕES NA APURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES.

É possível ao julgador, na fase de liquidação de sentença por arbitramento, acolher as conclusões periciais fundadas em presunções e deduções para a quantificação do prejuízo sofrido pelo credor a título de lucros cessantes.

REsp 1.549.467-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016.

Comentários pelo Prof. Ricardo Torques:

a) Apresentação resumida do caso

O STJ tratou da liquidação de sentença para apurar o valor referente a lucros cessantes e, ao arbitrar o valor, admitiu a utilização de presunções e deduções para quantificar o valor devido.

b) Conteúdo teórico pertinente

A liquidação por arbitramento, de acordo com o art. 509, I, do NCPC, poderá ser utilizada em três hipóteses:

- ✎ determinação na sentença;
- ✎ acordo entre partes; e
- ✎ quando exigida em razão da natureza do objeto a ser liquidado.

Não obstante as hipóteses acima, a doutrina menciona que a liquidação por arbitramento é utilizada sempre que for necessária **realização de perícia** para obtenção do valor devido (*quantum debeatur*).

Em uma ação que vise reparação de danos podemos ter, de forma sintetizada, condenação para reparar danos materiais e danos morais. No que se refere aos danos materiais, a indenização visa cobrar danos emergentes e lucros cessantes.

Os **danos emergentes** são aqueles que decorrem (que emergem) dos prejuízos materiais decorrentes da inexecução pelo devedor, vale dizer, é o que o credor perdeu.

A parcela atinente aos **lucros cessantes**, por sua vez, envolve tudo aquilo que o credor deixou de ganhar em face do dano. Assim, devem ser apurados os valores que, de forma direta e imediata, deixaram de ser auferidos pelo autor.

Assim, para apurar os valores relativos a lucros cessantes, vale-se, na fase de liquidação, do **arbitramento**. Em regra, contrata-se perícia a fim de quantificar a atividade habitualmente desempenhada e o resultado natural decorrente.

No caso sob a análise, o STF entendeu que, em determinadas situações, não é possível aferir exata e objetivamente o valor devido a título de lucros cessantes. Entendeu a Corte que, em tais casos, a prova é diabólica e impossível. Desse modo, deve-se socorrer a deduções e presunções a fim de facilitar a realização da prova e efetivar a prestação da tutela jurisdicional.

c) Questão de prova

Veja como o assunto pode ser explorado em provas objetivas:

De acordo com o STJ, é admissível em fase de liquidação de sentença apurar o quantum debeatur a título de lucros cessantes por intermédio de deduções e presunções, quando a prova pericial se demonstrar faticamente impraticável.

De acordo com o analisado, está **correta** a assertiva.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE DEDUÇÕES E PRESUNÇÕES NA APURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES.

É possível ao julgador, na fase de liquidação de sentença por arbitramento, acolher as conclusões periciais fundadas em presunções e deduções para a quantificação do prejuízo sofrido pelo credor a título de lucros cessantes. Inicialmente, destaca-se que, para a tutela dos lucros cessantes, impõe-se ter em mente que essa espécie de dano material existe quando o prejudicado não teria de desenvolver nenhuma atividade excepcional para obtenção do ganho que deixou de realizar, ou seja, quando esse ganho seria resultado natural da atividade comum. Nessa trilha, alerta doutrina: "[n]a apreciação dos danos que devem ser ressarcidos a título de lucros cessantes, o juiz há de, entretanto, ter em conta, não só os atuais, consequência direta e imediata da lesão, mas também a alteração de condições habitualmente existentes e das quais seja lícito deduzir com certa segurança a presunção de que criariam a favor do lesado uma situação que lhe traria benefícios patrimoniais legítimos." Vê-se, portanto, na apuração dos lucros cessantes, um campo fértil à utilização de deduções e presunções, as quais, na maioria dos casos, serão imprescindíveis à prestação adequada da tutela jurisdicional devida. Com efeito, pretender-se chegar a uma conta exata do quanto se deixou de lucrar com uma atividade que não foi realizada por culpa do devedor, é o mesmo que se exigir a prova de fatos não ocorridos - prova diabólica e impossível. Essa exigência resulta assim, por via transversa, na negativa de reparação integral do dano judicialmente reconhecido em fase de cumprimento de sentença. Nesse contexto, a utilização de presunções não pode ser afastada de plano, uma vez que sua observância no direito processual nacional é exigida como forma de facilitação de provas difíceis. **REsp 1.549.467-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016.**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRANSFERÊNCIA DE GUARDA NO CURSO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITOS ALIMENTARES.

A genitora que, ao tempo em que exercia a guarda judicial dos filhos, representou-os em ação de execução de débitos alimentares possui legitimidade para prosseguir no processo executivo com intuito de ser ressarcida, ainda que, no curso da cobrança judicial, a guarda tenha sido transferida ao genitor (executado).

REsp 1.410.815-SC, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 9/8/2016, DJe 23/9/2016.

Comentários pelo Prof. Ricardo Torques:

a) Apresentação resumida do caso

O STJ admitiu entendeu que, mesmo havendo modificação da guarda no curso do processo, a genitora tem legitimidade para prosseguir com a execução, não na qualidade de representante da criança ou assistente do adolescente, mas para se subrogar nos direitos decorrentes da ação a fim de ser ressarcida.

b) Conteúdo teórico pertinente

O mais complexo neste julgado é compreender o contexto fático.

A genitora, detentora da guarda da criança, ajuíza ação de alimentos. Na fase executória há modificação da guarda para o genitor, contra quem contendia. A ação de alimentos é extinta, pois, a partir desse momento, o sustento é provido diretamente pelo genitor.

Contudo, houve período anterior à modificação da guarda, no qual o sustento da criança foi provido tão somente pelos recursos financeiros da genitora, que não poderá, nesse caso, sofrer a perda financeira em razão da modificação da guarda. Contudo, a genitora não mais detém a capacidade de representar a criança em juízo.

Em face disso, o STJ admitiu a sub-rogação da genitora nos direitos da ação ajuizada em nome da criança com fundamento no art. 857, §2º, do NCPC, a fim de ser ressarcida dos valores que sozinha despendeu para sustentar o filho do casal.

Segundo o STJ, entendimento contrário prestigiaria o inadimplemento alimentar, prejudicando os interesses da criança e, possivelmente, implicaria no ajuizamento de nova demanda pela genitora de caráter ressarcitório, contrariando princípios da celeridade e economia processuais.

c) Questão de prova

Em prova podemos vislumbrar a seguinte cobrança:

Admite-se a sub-rogação da genitora nos créditos da criança exequente quando há, no curso da demanda, modificação da guarda em favor do réu na ação de alimentos, com a finalidade de ressarcir os valores despendidos exclusivamente pela genitora para o sustento do filho.

À luz do analisado acima, está **correta** a assertiva.

Do informativo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRANSFERÊNCIA DE GUARDA NO CURSO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITOS ALIMENTARES.

A genitora que, ao tempo em que exercia a guarda judicial dos filhos, representou-os em ação de execução de débitos alimentares possui legitimidade para prosseguir no processo executivo com intuito de ser ressarcida, ainda que, no curso da cobrança judicial, a guarda tenha sido transferida ao genitor (executado). De fato, a partir da modificação da guarda ocorrida no curso da ação de

execução de alimentos, a genitora, representante judicial dos seus filhos, deixou de pedir, por si, a proteção a direito alheio, pois a tutela pretendida, antes protegida à guisa de alimentos, passou a sê-lo a título ressarcitório, de um direito dela próprio. A respeito, doutrina consigna o seguinte: "Para evitar prejuízo enorme, como o genitor que detém a guarda é quem acaba sozinho provendo ao sustento da prole, indispensável reconhecer a ocorrência de sub-rogação. Ou seja, resta ele como titular do crédito vencido e não pago enquanto o filho era menor, ainda que relativamente capaz. Se ele está sob sua guarda, como o dever de lhe prover o sustento é de ambos os genitores, quando tal encargo é desempenhado somente por um deles, pode reembolsar-se com relação ao omissor. [...] O mesmo ocorre quando o filho passa para a guarda do outro genitor. Se existe um crédito alimentar, quem arcou sozinho com o sustento do filho pode reembolsar-se do que despendeu. Dispõe ele de legitimidade para cobrar os alimentos. Age em nome próprio, como credor sub-rogado." A legislação processual civil, inclusive, permite expressamente ao sub-rogado que não receber o crédito do devedor, prosseguir na execução, nos mesmos autos, conforme dispunha o art. 673, § 2º, do CPC/1973, cujo comando fora mantido pelo art. 857, § 2º, do CPC/2015. No caso, há uma dívida que foi paga, pouco importando a sua natureza e, portanto, àquele que arcou com o compromisso assiste agora o direito de se ver pago. O diferencial, contudo, é que na hipótese a modificação da guarda dos filhos (alimentados) ocorreu no curso de ação de execução de alimentos já em trâmite. Ou seja, ao tempo da extinção da ação, a relação material existente entre as partes não era nem de gestão de negócios, tampouco de sub-rogação de créditos, mas apenas e, tão somente, de cobrança de alimentos que não estavam sendo pagos pelo alimentante. Assim, a modificação dos credores e do estado das partes verificado no curso da lide já aforada não pode ser imposta à representante dos alimentados que, por sua vez, bancou as prestações alimentícias de responsabilidade exclusiva do executado, e agora, sob a égide do princípio da economia processual, do agrupamento dos atos processuais e tendo em vista a nova orientação do CPC/2015, pretende se ver ressarcida dos valores dispendidos para o sustento de seus filhos, cuja obrigação – à época – cabia ao genitor (executado). Logo, sendo iniludível que o crédito executado é referente ao período em que os filhos estavam sob os cuidados exclusivos da genitora, época em que essa suportou sozinha a obrigação de sustentá-los, não há como afastar a sua legitimidade para prosseguir na execução, ainda que no curso da demanda executiva o genitor tenha passado a exercer a guarda deles. Isso porque o montante da quantia devida advém de período anterior à modificação da guarda. Por fim, ressalta-se que entendimento contrário prestigiaria o inadimplemento alimentar, indo de encontro aos interesses das crianças, o que, evidentemente, não pode ser incentivado pelo STJ. Ademais, a medida extintiva possivelmente ensejaria a propositura de nova demanda executiva pela genitora, circunstância que confrontaria com os princípios da celeridade e da economia processual, norteadores do sistema processual civil vigente. **REsp 1.410.815-SC, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 9/8/2016, DJe 23/9/2016.**

6 – Direito Administrativo

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, pode ter acesso a ordens de missão policial.

REsp 1.365.910-RS, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 5/4/2016, DJe 28/9/2016.

Comentários pelo Prof. Erick Alves:

Inicialmente, cabe destacar que a **ordem de missão policial (OMP)** é um documento de **natureza policial** e **obrigatório** em qualquer missão de policiais federais e tem por objetivo, entre outros, **legitimar as ações** dos integrantes da Polícia Federal em caráter oficial.

As OMPs, ainda que relacionadas à atividade de investigação policial, representam intervenção direta no cotidiano dos cidadãos, devendo, portanto, estarem sujeitas ao controle de eventuais abusos ou irregularidades praticadas pelos agentes policiais.

O Ministério Público, conforme estabelecido no art. 129, VII da Constituição Federal, possui, dentre suas funções institucionais, a de “**exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar**”.

Nesse sentido, a Lei Complementar 75/1993 preceitua o seguinte:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

- a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;
- b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
- c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;
- d) a indisponibilidade da persecução penal;
- e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Assim, em regra, a realização de qualquer investigação policial, ainda que fora do âmbito do inquérito policial, deve estar sujeita ao **controle externo** do Ministério Público.

O Conselho Nacional do Ministério Público, com o objetivo de disciplinar o controle externo da atividade policial, editou a Resolução n. 20/2007, da qual destaca-se os seguintes trechos:

Art. 2º - O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: [...]

V - a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; [...]

Art. 5º - Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial caberá: [...]

II - ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos [...].”

Portanto, é manifesto que a pasta com OMPs deve estar compreendida no conceito de **atividade-fim** e, conseqüentemente, sujeita ao controle externo do Ministério Público, nos exatos termos previstos na CF e regulados na LC 75/1993, o que impõe à Polícia Federal o fornecimento ao MPF de todos os documentos relativos às ordens de missão policial.

Ressalte-se que, no que se refere às OMPs lançadas em face de atuação como polícia investigativa, decorrente de **cooperação internacional** exclusiva da Polícia Federal, e sobre a qual haja **acordo de sigilo**, o acesso do Ministério Público **não** será vedado, mas realizado *a posteriori*.

Do informativo:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, pode ter acesso a ordens de missão policial. Inicialmente, cabe destacar que a ordem de missão policial (OMP) é um documento de natureza policial e obrigatório em qualquer missão de policiais federais e tem por objetivo, entre outros, legitimar as ações dos integrantes da Polícia Federal em caráter oficial. As denominadas OMPs, ainda que relacionadas à atividade de investigação policial, representam direta intervenção no cotidiano dos cidadãos, a qual deve estar sujeita ao controle de eventuais abusos ou irregularidades praticadas por seus agentes, ainda que realizadas em momento posterior, respeitada a necessidade de eventual sigilo ou urgência da missão. Por outro lado, a realização de qualquer investigação policial, ainda que fora do âmbito do inquérito policial, em regra, deve estar sujeita ao controle do Ministério Público. O Conselho Nacional do Ministério Público, com o objetivo de disciplinar o controle externo da atividade policial, editou a Resolução n. 20/2007, da qual destaca-se os seguintes trechos: "Art. 2º - O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: [...] V - a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; [...] Art. 5º - Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial caberá: [...] II - ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos [...]." Portanto, é manifesto que a pasta com OMPs deve estar compreendida no conceito de atividade-fim e, consequentemente, sujeita ao controle externo do Ministério Público, nos exatos termos previstos na CF e regulados na LC n. 73/1993, o que impõe à Polícia Federal o fornecimento ao MPF de todos os documentos relativos às ordens de missão policial. Ressalte-se que, no que se refere às OMPs lançadas em face de atuação como polícia investigativa, decorrente de cooperação internacional exclusiva da Polícia Federal, e sobre a qual haja acordo de sigilo, o acesso do Ministério Público não será vedado, mas realizado a posteriori. **REsp 1.365.910-RS, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 5/4/2016, DJe 28/9/2016.**

7 – Direito Tributário

DIREITO TRIBUTÁRIO. HIPÓTESE DE NÃO CONCESSÃO DO REGIME DE DRAWBACK.

Não se concede o regime tributário de drawback na modalidade suspensão à importação de cantoneiras de plástico rígido, filtros de etileno e termógrafos elétricos destinados a conferir maior segurança ao transporte exportador de frutas, já devidamente acondicionadas em caixas e caixotes e envoltas por folhas de papel alveolado.

REsp 1.404.148-PE, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. para acórdão Herman Benjamin, julgado em 17/5/2016, DJe 13/9/2016.

Comentários pelo Prof. Fábio Dutra:

O regime aduaneiro especial de drawback (modalidade suspensão) é considerado como incentivo à exportação, caracterizando-se pela suspensão do pagamento dos tributos exigíveis na importação de mercadoria a ser exportada após beneficiamento ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada.

O caso concreto se refere a uma empresa que estava importando cantoneiras de plástico rígido, filtros de etileno e termógrafos elétricos, itens utilizados externamente

aos produtos exportados, com a finalidade de conferir maior segurança ao transporte das frutas que estavam sendo exportadas.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o regime tributário de drawback não alcança a importação desses produtos, vez que **não se destinam à embalagem ou ao acondicionamento, mas apenas a conferir maior segurança ao transporte das frutas a serem exportadas. Não agregam, portanto, valor à mercadoria**, apenas evitam a deterioração ou perda de valor da mercadoria a ser exportada, exigência prevista na legislação que dispõe sobre o tema.

Como o tema pode cair em provas de concurso público? Vejamos:

O regime aduaneiro especial de drawback na modalidade suspensão aplica-se à importação de produtos que sejam destinados a conferir maior segurança ao transporte dos produtos a serem exportados e que já estejam devidamente acondicionados.

Em se tratando de importação de produtos que sejam destinados apenas a conferir maior segurança ao transporte dos produtos a serem exportados, e considerando que estes produtos já estejam devidamente acondicionados em caixas e caixotes, não há que se falar na concessão do regime aduaneiro especial de drawback na modalidade suspensão. A assertiva, portanto, está errada.

Do informativo:

DIREITO TRIBUTÁRIO. HIPÓTESE DE NÃO CONCESSÃO DO REGIME DE DRAWBACK.

Não se concede o regime tributário de drawback na modalidade suspensão à importação de cantoneiras de plástico rígido, filtros de etileno e termógrafos elétricos destinados a conferir maior segurança ao transporte exportador de frutas, já devidamente acondicionadas em caixas e caixotes e envoltas por folhas de papel alveolado. Dispõe o art. 78, II, do DL n. 37/1966: "Art. 78 - Poderá ser concedida, nos termos e condições estabelecidas no regulamento: [...] II - suspensão do pagamento dos tributos sobre a importação de mercadoria a ser exportada após beneficiamento, ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada." A norma expressamente prevê a complementação infralegal do tema ("nos termos e condições estabelecidas no regulamento"), de modo que se torna imprescindível o exame da norma regulamentar vigente ao tempo dos fatos (Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto n. 4.543/2002). O art. 336 do citado regulamento pressupõe, no que interessa à hipótese, que a concessão do drawback estaria condicionada à presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) a mercadoria importada seja destinada ao acondicionamento do produto exportado ou a exportar; e b) haja comprovadamente agregação de valor ao produto final. O primeiro requisito constitui repetição dos termos previstos em lei, ao passo que o segundo constitui mero desdobramento lógico da finalidade do drawback, que é de incentivo à exportação de mercadorias produzidas, integral ou parcialmente, pela indústria nacional. Observa-se que a suspensão dos tributos é relacionada não apenas à importação de mercadoria utilizada no beneficiamento do produto a ser exportado, como também à mercadoria utilizada para efeito de acondicionamento, jamais tendo o legislador incluído em sua previsão as mercadorias destinadas ao transporte, pela simples razão de que a segurança vinculada ao transporte diz respeito à preservação de valor do bem a ser exportado, ou seja, ao impedimento de que haja diminuição parcial ou integral de sua expressão econômica, situação evidentemente inconfundível com a agregação de valor. **REsp 1.404.148-PE, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. para acórdão Herman Benjamin, julgado em 17/5/2016, DJe 13/9/2016.**

DIREITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL.

A ausência de alvará de localização e funcionamento não impede que a Empresa de Pequeno Porte ou a Microempresa ingressem ou permaneçam no regime do Simples Nacional.

REsp 1.512.925-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/6/2016, DJe 12/9/2016.

Comentários pelo Prof. Fábio Dutra:

O caso concreto se refere a uma empresa de pequeno porte que foi impedida de ingressar e se manter no regime do Simples Nacional em razão da ausência de alvará de localização e funcionamento. A discussão no âmbito do Recurso Especial se referia ao alcance da expressão "irregularidade em cadastro fiscal" prevista no inciso XVI do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, para fins de vedação de opção ou impossibilidade de manutenção da empresa no regime do Simples Nacional.

De acordo com a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, **o alvará de localização e funcionamento tem cunho eminentemente administrativo e não fiscal**, de modo que a sua ausência **não tem o condão de impedir que a Empresa de Pequeno Porte ou a Microempresa ingressem ou permaneçam no regime do Simples Nacional**.

Desse modo, vislumbramos uma possível questão de concurso público sobre este julgado:

A ausência de alvará de localização e funcionamento não impede que a Empresa de Pequeno Porte ou a Microempresa ingressem ou permaneçam no regime do Simples Nacional.

De acordo com a jurisprudência do STJ, a expressão "irregularidade em cadastro fiscal" prevista no inciso XVI, do art. 17, da Lei Complementar nº 123/2006, não se confunde com a ausência de alvará de localização e funcionamento, não havendo motivo para impedir o ingresso ou permanência das referidas empresas no regime do Simples Nacional. Questão errada.

Do informativo:

DIREITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL.

A ausência de alvará de localização e funcionamento não impede que a Empresa de Pequeno Porte ou a Microempresa ingressem ou permaneçam no regime do Simples Nacional. De fato, as hipóteses de vedação de ingresso no regime do Simples Nacional foram disciplinadas no art. 17 da LC n. 123/2006 (Lei do Simples Nacional), dentre as quais figura a "ausência de inscrição ou irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível", nos termos do inciso XVI do referido dispositivo legal. Nesse contexto, o que se deve examinar é se a expressão "cadastro fiscal", contida na lei federal, abrange ou não o registro do alvará de funcionamento. A expressão "irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual" poderia significar uma infinidade de irregularidades em quaisquer cadastros utilizados para fins de fiscalização pela União, Estados ou Municípios, não sendo possível identificar, a priori, de forma ontológica, quais cadastros teriam natureza meramente administrativa ou natureza fiscal para que, no último caso, a irregularidade impossibilite a inclusão ou a manutenção da empresa no regime do Simples Nacional. Contudo, não se pode entender que qualquer irregularidade cadastral seja apta a ensejar a aplicação do inciso XVI do art. 17 da LC n. 123/2006. A respeito, entende-se que o significado da

expressão "cadastro fiscal" deve ser buscado dentro da própria LC n. 123/2006. Do que se extrai da lei, o "cadastro fiscal" não se identifica com a abertura, registro, alteração e baixa da empresa (art. 4º, § 1º). Outrossim, também não guarda identidade com a inscrição, o funcionamento, o alvará e a licença (art. 4º, § 3º). Trata-se de outra coisa, que tem sua exigência postergada justamente para facilitar o registro comercial da empresa e que tem relação com "a emissão de documentos fiscais de compra, venda ou prestação de serviços", pois, não fosse a lei, tais documentos não poderiam ser emitidos sem a regularidade no cadastro fiscal (art. 4º, § 1º, II). Ademais, a LC n. 123/2006 assim explicita: "Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: [...] V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa; [...] XVI - com ausência de inscrição ou com irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível". Nesse ponto, se a lei diferencia a regularização do débito da regularização do cadastro fiscal, então, esse cadastro fiscal tem que ter conteúdo outro que não seja o mero registro da inadimplência com o Poder Público. O campo que resta, portanto, são os cadastros específicos para o recolhimento dos tributos que exigem "a emissão de documentos fiscais de compra, venda ou prestação de serviços" (art. 4º, § 1º, II). Ou seja, os cadastros fiscais utilizados para o controle do IPI, PIS/PASEP e Cofins pela União, do ICMS pelos Estados e do ISSQN pelos Municípios. Nada mais que isso. Não se trata, portanto, de cadastro referente ao alvará de funcionamento da empresa. Esse alvará para funcionamento tem cunho eminentemente administrativo e não fiscal e está mencionado no art. 4º, § 3º, ao lado do cadastro fiscal, a evidenciar que são coisas distintas. Aliás, é o próprio Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN quem interpreta o tal "cadastro fiscal" como sendo o cadastro do CNPJ e assemelhados nos âmbitos estadual e municipal, nos termos do previsto no art. 6º da Resolução CGSN n. 94/2011. Nessa ordem de ideias, no âmbito federal, a expressão "cadastro fiscal federal" prevista no inciso XVI do art. 17 da LC n. 123/2006 refere-se à relação de pessoas em situação de suspensão, cancelamento ou inaptidão nos cadastros indicados do Ministério da Fazenda (CPF e CGC/CNPJ), informações constantes do cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN), instituído pela Lei n. 10.522/2002, que contém também o rol de pessoas físicas e jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, correspondendo também ao disposto no inciso V do art. 17 da LC n. 123/2006. Mutatis mutandis, a inexistência de alvará de funcionamento não é irregularidade enquadrável no conceito de "irregularidade em cadastro fiscal" para efeito da aplicação do art. 17, XVI, da LC n. 123/2006, pois o "cadastro fiscal" a que se refere é aquele que diz respeito ao recolhimento do ICMS, no âmbito estadual, e do ISSQN, no âmbito municipal, podendo albergar também as versões estaduais e municipais do CADIN que contenham tais informações, correspondendo também ao disposto no inciso V do art. 17 da LC n. 123/2006. Por fim, não parece razoável que a ausência de alvará de localização e funcionamento trate de irregularidade cadastral fiscal, sobretudo quando a empresa se encontre devidamente inscrita e adimplente com os tributos que lhe são devidos, de forma que sua exclusão do Simples Nacional, por ausência do referido alvará, milita contra a necessidade de tratamento jurídico diferenciado que lhe é devido em razão de ser empresa de pequeno porte, bem como contra os benefícios que tanto a empresa quanto os entes da Federação usufruem em razão da opção da empresa pelo Simples Nacional. **REsp 1.512.925-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/6/2016, DJe 12/9/2016.**

Quer receber o Informativo Estratégico diretamente no seu e-mail? Inscreva-se em <https://goo.gl/5qilqQ>