



emagis
cursos jurídicos

INFOEMAGIS EM PAUTA Nº 17

Coordenadores

Flávio Marcelo Sérvio Borges, juiz federal
Gabriel Brum, juiz federal

Sumário

DIREITO ADMINISTRATIVO	3
Improbidade administrativa. Cautelar de indisponibilidade de bens. Multa civil. Consideração. Art. 11 da Lei 8.429/92. Violação aos princípios da Administração Pública. Possibilidade. STJ, REsp 1.862.792. (Tema 1055)	3
DIREITO CIVIL	4
STJ, REsp 1.903.273. Divulgação de mensagens de <i>WhatsApp</i> e dever de indenizar	4
DIREITO PENAL	6
Pena privativa de liberdade. Substituição. Penas restritivas de direito. CP, art. 44, § 3º. Reincidência em crimes idênticos, e não apenas de mesma espécie. STJ, AREsp 1.716.664.	6
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	7
STJ, REsp 1.931.432. Valores decorrentes de empréstimo consignado e penhora	7
DIREITO TRIBUTÁRIO	8
Imposto de renda. Juros de mora. Lucros cessantes. Danos emergentes. Verbas alimentares pagas a pessoas físicas. Verba principal isenta ou fora do campo de incidência do imposto de renda. STJ, REsp 1.470.443 (Tema 878)	8

DIREITO ADMINISTRATIVO

Improbidade administrativa. Cautelar de indisponibilidade de bens. Multa civil. Consideração. Art. 11 da Lei 8.429/92. Violação aos princípios da Administração Pública. Possibilidade. STJ, REsp 1.862.792. (Tema 1055).

Embora já tenha havido muita controvérsia a respeito, atualmente é uníssono o entendimento no sentido de que a medida de indisponibilidade de bens, em ações de improbidade administrativa, tem **periculum in mora presumido**, o que torna **desnecessária a comprovação de eventual tentativa de dilapidação patrimonial** pelos acusados. Ou seja, examina-se apenas a presença do *fumus boni iuris*, já que o *periculum in mora* é presumido *ope legis*. E, no que tange ao *fumus boni iuris*, dirá respeito à existência de indícios suficientes em torno da prática do alegado ato de improbidade administrativa (juízo de cognição sumária). Na matéria, cito o precedente do STJ que uniformizou essa orientação:



“É possível decretar, de forma fundamentada, medida cautelar de indisponibilidade de bens do indiciado na hipótese em que existam fortes indícios acerca da prática de ato de improbidade lesivo ao erário. (...) é desnecessária a prova de *periculum in mora* concreto - ou seja, de que os réus estariam dilapidando efetivamente seu patrimônio ou de que eles estariam na iminência de fazê-lo (colocando em risco eventual ressarcimento ao erário). O requisito do *periculum in mora* estaria implícito no referido art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, que visa assegurar "o integral ressarcimento" de eventual prejuízo ao erário" REsp 1.366.721-BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 26/2/2014. (1ª Seção)

Aclare-se que o deferimento da indisponibilidade de bens se pode dar **inaudita altera pars**, ou seja, independentemente de prévia audiência dos acusados; **mesmo antes, portanto, da notificação** prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92:



“11) É possível o deferimento da medida acautelatória de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92.” (STJ – Jurisprudência em Teses, Edição n. 38)

No que tange ao alcance da medida, é de se enfatizar que o STJ também já tinha jurisprudência no sentido de que a indisponibilidade de bens poderá recair sobre **bens adquiridos pelos acusados antes ou depois dos supostos atos ímprobos** e terá como parâmetro não apenas o **valor de eventual enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário**, mas também o **valor de possível multa civil** a ser aplicada como sanção (art. 12, I, II e III). Recentemente, a **Primeira Seção** do Tribunal da Cidadania, em sede de **recurso especial repetitivo (Tema 1055)**, ratificou o entendimento de que **é possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada em ação de improbidade administrativa**.

Outra dúvida que paivara era se seria possível o decreto de indisponibilidade de bens, com inclusão do valor correspondente à eventual multa civil, mesmo nas demandas ajuizadas com esteio na prática de

conduta prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, que tipifica os atos ímprobos que ofendem os princípios nucleares administrativos. O questionamento nasce da redação do art. 7º do Diploma em foco, o qual, ao prever a medida cautelar de indisponibilidade de bens, limita-se a mencionar, textualmente, os casos de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, sem expressa alusão, portanto, aos casos de violação aos princípios da Administração Pública.

Conforme pacificado pela Primeira Seção do STJ, a medida de indisponibilidade de bens, a qual deve levar em consideração o valor correspondente à futura multa civil que se pretende ver aplicada na sentença (LIA, art. 12, III), é **cabível mesmo nos casos em que não há lesão ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público**, mas tão somente **conduta atentatória aos princípios que regem a atividade administrativa** (art. 11 da LIA). Como se percebe, o art. 7º da Lei 8.429/92 — ao falar somente em lesão ao erário e enriquecimento ilícito, no que prevê a medida cautelar de indisponibilidade de bens — merece uma **interpretação extensiva** (ou seja, o legislador disse menos do que queria, *minus dixit quam voluit*), autorizando, pois, o acionamento da medida acauteladora (com consideração do valor da multa civil) **ainda que se trate de ação de improbidade administrativa relacionada apenas ao art. 11** desse Diploma (violação aos princípios da Administração Pública).

Para resumir e bem memorizar, eis a tese fixada pelo STJ:



“É possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada em ação de improbidade administrativa, inclusive nas demandas ajuizadas com esteio na prática de conduta prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos.” (Tema 1055)

DIREITO CIVIL

STJ, REsp 1.903.273. Divulgação de mensagens de *WhatsApp* e dever de indenizar.

A Terceira Turma do STJ decidiu (REsp 1.903.273) a respeito o dever de indenizar decorrente da divulgação não autorizada de mensagens trocadas em grupo de *WhatsApp*.

O julgamento esclareceu que sete torcedores de um time de futebol do Paraná montaram um grupo de *WhatsApp* para trocar informações a respeito do clube. Sucedeu, então, que um dos seus integrantes — que inclusive ocupava a função de Vice-Presidente no time de futebol — saiu do grupo e passou a divulgar *prints* das mensagens trocadas.

A tese de autor da demanda caminhou pela violação do direito à privacidade, com a formulação do pedido de indenização, que terminou por ser acolhido pelas instâncias ordinárias — 1ª e 2ª instâncias.

O caso chegou ao STJ pela via do recurso especial, que começou por lembrar a chamada **teoria das esferas**:



A respeito da intimidade e da privacidade, a doutrina alemã desenvolveu a denominada Teoria das Esferas. Segundo essa teoria, a esfera da vida privada é a mais ampla e refere-se a dados que a pessoa deseja preservar do conhecimento de terceiros; a esfera confidencial inclui o que o indivíduo leva ao conhecimento de outrem de sua confiança, mas excluindo do público em geral; a esfera do segredo, por fim, compreende os assuntos de natureza extremamente reservada, que não devem chegar ao conhecimento de outrem.

A Corte Superior concluiu, então, que as mensagens trocadas em grupo privado de *WhatsApp* estão protegidas pelo direito à intimidade. Em passagem significativa, ficou esclarecido que:



Partindo dessas premissas, é certo que, ao enviar mensagem a determinado ou determinados destinatários via *WhatsApp*, o emissor tem a expectativa de que ela não será lida por terceiros, quanto menos divulgada ao público, seja por meio de rede social ou da mídia. Essa expectativa advém não só do fato de ter o indivíduo escolhido a quem enviar a mensagem, como também da própria encriptação a que estão sujeitas as conversas. De mais a mais, se a sua intenção fosse levar ao conhecimento de diversas pessoas o conteúdo da mensagem, decerto teria optado por uma rede social menos restrita ou mesmo repassado a informação à mídia para fosse divulgada.

Se não bastasse, e como reforço à proteção da privacidade, o STJ pontuou que o *WhatsApp* é formatado por uma tecnologia de criptografia de mensagens. Não à toa, a própria Corte entendeu – em outro precedente, AgRg no REsp 1.871.695 – pela impossibilidade de se fixar multa contra o *WhatsApp* por descumprimento de decisão, exatamente porque o conteúdo das mensagens não era acessível nem mesmo pela empresa. A respeito dessa criptografia, vale pontuar que:



O aplicativo *WhatsApp* é conhecido por utilizar, desde 2016, criptografia de ponta a ponta, que consiste na proteção dos dados tanto no polo do emitente quando no polo do destinatário. Conforme explica a doutrina especializada, “criptografia ponto a ponto é um termo dado para descrever que mesmo que a mensagem passe por um terceiro ou gerenciador, ela só é decifrada no receptor, ao passo que os gerenciadores da troca de mensagens não possuem acesso às chaves para decifrá-las” (KIM, David; SOLOMON, Michael G. Fundamentos de segurança de sistemas de informação. Tradução de Daniel Vieira e revisão técnica de Jorge Duarte Pires Valério. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 214).

O STJ, por fim, esclareceu que a divulgação dessas mensagens de grupo de *WhatsApp* apenas vai ser lícita se visarem a proteger um direito de quem as está liberando – uma espécie de legítima defesa do divulgador –, algo que não havia no caso concreto (conforme fixado pelas instâncias ordinárias). Bem o contrário, na hipótese julgada pelo STJ, as mensagens foram divulgadas apenas para que se tornassem públicas, o que terminou por ofender o direito à privacidade dos demais membros do grupo.

DIREITO PENAL

Pena privativa de liberdade. Substituição. Penas restritivas de direito. CP, art. 44, § 3º. Reincidência em crimes idênticos, e não apenas de mesma espécie. STJ, AREsp 1.716.664.

Para bem nos situarmos na discussão que ora comentaremos, vale recordar o que dispõe o art. 44 do CP, particularmente no que tange aos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos:



Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – **o réu não for reincidente em crime doloso;**

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Como se percebe, o fato de o réu ser reincidente em crime doloso não representa impedimento absoluto à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Se a **medida for socialmente recomendável**, a substituição será cabível **ainda que o réu seja reincidente em crime doloso**. Há, porém, um **ressalva**: a reincidência em crime doloso **não pode ter se operado em virtude da prática “do mesmo crime”**. Ou seja, nessa hipótese, existirá óbice intransponível a essa substituição.

O STJ vinha entendendo que reincidência “em virtude da prática do mesmo crime” diria respeito a crimes “**de mesma espécie**”. E, como crimes “de mesma espécie”, considerava aqueles que violavam o **mesmo bem jurídico**.

Recentemente, a **Terceira Seção** resolveu rever a questão. E **alterou a sua jurisprudência na matéria**.

Entendeu-se que “**mesmo crime**” não pode ser interpretado como crimes que envolvam o mesmo bem jurídico (crimes “de mesma espécie”, como diziam os julgados). “Mesmo crime” significa **crime idêntico**, ou seja, **mesmo tipo penal**. Ampliar a restrição para outros crimes (outros tipos penais) representaria inegável **analogia in malam partem**.

Não se deixou de anotar que há **certa falta de lógica** em impedir de forma absoluta, por exemplo, que haja a substituição da pena privativa de liberdade diante de réu reincidente na prática do crime de **furto simples** (“mesmo crime”) e considerar cabível (se a medida for socialmente recomendável) a

substituição em caso de réu reincidente que praticara um crime de **furto qualificado** após a prática de anterior crime de **furto simples**: uma situação de menor gravidade teria óbice intransponível à substituição (reincidência forjada com dois crimes de furtos simples), enquanto a situação mais grave (furto qualificado após furto simples) a admitiria, em tese (se a medida for socialmente recomendável, à luz das circunstâncias do caso concreto). No entanto, sublinhou-se que eventual atecnia do legislador deve ser por este corrigida, e não mediante analogia *in malam partem*, a qual nunca deve ser admitida nos domínios jurídico-penais.

Para bem fixarmos, veja a síntese do **novo entendimento** da Terceira Seção do STJ na matéria:



“A reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do Código Penal somente se aplica quando forem idênticos, e não apenas de mesma espécie, os crimes praticados.”

De resto, esclarecemos que, no caso concreto julgado pelo STJ, tinha-se réu reincidente em crime doloso, sendo que a condenação anterior era pela prática do crime de roubo e a nova condenação (em relação à qual se buscava a substituição) se dera pela prática do crime de furto. Frisou-se que, como não se cuidava de reincidência no “mesmo crime” (os tipos penais, como se vê, eram diversos), não havia empecilho intransponível à substituição. Entretanto, considerou-se que a medida **não seria socialmente recomendável**, haja vista o fato de a anterior condenação ter se operado em crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

STJ, REsp 1.931.432. Valores decorrentes de empréstimo consignado e penhora.

A Terceira Turma do STJ decidiu (REsp 1.931.432) que os valores decorrentes de contrato de empréstimo consignado não se equiparam às verbas salariais e, portanto, podem ser objeto de penhora.

A respeito do tema, o art. 833, IV, do CPC dispõe que:



Art. 833. São impenhoráveis:

(...) IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

Por sua vez, o empréstimo consignado, como informa o Banco Central do Brasil, é uma operação de crédito (empréstimo pessoal) cujo pagamento é descontado diretamente, em parcelas mensais fixas, da folha de pagamento ou do benefício previdenciário do contratante.

Mas o STJ concluiu que o simples fato se o empréstimo consignado ser depositado na conta corrente do mutuário não o equipara ao salário.

Então, de um lado, há o salário/remuneração, decorrente de um emprego ou da prestação de um serviço autônomo, e, do outro, o empréstimo consignado, oriundo de um contrato de mútuo e regido por regras diferentes:



O fato de essas parcelas incidirem diretamente sobre a contraprestação recebida pelo trabalho, entretanto, não equipara os valores oriundos de empréstimo consignado aos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios, montepios, aos ganhos de trabalhador autônomo e aos honorários de profissional liberal, aos quais o legislador conferiu a proteção da impenhorabilidade (art. 833, IV, CPC/2015). Como afirmado por esta Turma, no julgamento do REsp 1.820.477/DF, (julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020), “o recebimento desses valores [salário e crédito decorrente do empréstimo consignado] encontra respaldo em bases jurídicas distintas: o salário tem origem no contrato de trabalho ou na prestação do serviço; o empréstimo tem origem em contrato de mútuo celebrado entre o trabalhador (mutuário) e a instituição financeira ou cooperativa de crédito (mutuante)”.

Demais disso, conforme o próprio STJ lembrou, se nem os salários e as remunerações se submetem a uma regra de impenhorabilidade absoluta, os valores decorrentes de empréstimo também não podem ser tratados dessa forma.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imposto de renda. Juros de mora. Lucros cessantes. Danos emergentes. Verbas alimentares pagas a pessoas físicas. Verba principal isenta ou fora do campo de incidência do imposto de renda. STJ, REsp 1.470.443 (Tema 878).

Juros de mora em razão do pagamento de valores em atraso sujeitam-se à incidência do **imposto de renda**?

A resposta é: **depende**.

O STF, em **repercussão geral**, já havia fixado tese no sentido de que “**Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função**” (Tema 808). Eis a ementa do julgado:



EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Imposto de renda. Juros moratórios devidos em razão do atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função. Caráter indenizatório. Danos emergentes. Não incidência. 1. A materialidade do imposto de renda está relacionada com a existência de acréscimo patrimonial. Precedentes. 2. A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, correspondendo ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o

patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda. 3. Os juros de mora devidos em razão do atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). Esse atraso faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos, que atraem juros, multas e outros passivos ou outras despesas ou mesmo preços mais elevados, para atender a suas necessidades básicas e às de sua família. 4. Fixa-se a seguinte tese para o Tema nº 808 da Repercussão Geral: “Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função”. 5. Recurso extraordinário não provido. (RE 855091, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021)

Considerados os fundamentos adotados pelo Excelso Pretório, a Primeira Seção do STJ, em sede de **recurso especial repetitivo**, partiu da premissa de que **o só fato de se cuidar de valores recebidos à guisa de juros de mora não tornam incabível, por si só, a incidência do imposto de renda**, cujo valor gerador é a ocorrência de **acrécimo patrimonial** (CTN, art. 43). É que, em regra, os juros de mora possuem natureza de **lucros cessantes**, e não de danos emergentes; e lucro cessante é o que o seu beneficiário “*razoavelmente deixou de lucrar*” (CC, art. 402), o que representaria acréscimo ao seu patrimônio, portanto.

Em que pese seja essa a **regra geral** (incidência do imposto de renda sobre juros de mora, por possuírem natureza de lucros cessantes), **o STJ ressalvou duas situações**:

a) **não incide imposto de renda sobre juros de mora decorrentes do pagamento em atraso de verbas alimentares a pessoas físicas**: nessa hipótese específica, o STF já havia dito que os juros de mora terão, excepcionalmente, a natureza de **danos emergentes** (por não ter recebido as verbas alimentares no tempo devido, a pessoa física acaba, normalmente, tendo que contrair empréstimos para “pagar as contas”, donde não se cuidar de meros lucros cessantes). Ex.: empregado que recebe verbas salariais em atraso na Justiça Trabalhista não precisa pagar imposto de renda sobre os juros de mora;

b) **não incide imposto de renda sobre juros de mora relacionados a verba principal que seja isenta ou esteja fora do campo de incidência desse imposto**: aqui, o STJ prestigiou o raciocínio de que **o acessório segue a sorte do principal** (princípio da gravitação jurídica). Ex.: no recebimento de indenização por dano material, não incidirá imposto de renda tanto em relação ao principal quanto no que tange aos juros de mora (acessório), uma vez que a indenização está fora do campo de incidência do IR (não consubstancia acréscimo patrimonial – CTN, art. 43).

Para concluir, transcrevemos as três teses fixadas pela Primeira Seção do STJ:



- “1) Regra geral, os juros de mora possuem natureza de lucros cessantes, o que permite a incidência do Imposto de Renda;
- 2) Os juros de mora decorrentes do pagamento em atraso de verbas alimentares a pessoas físicas escapam à regra geral da incidência do Imposto de Renda, posto que, excepcionalmente, configuram indenização por danos emergentes;
- 3) Escapam à regra geral de incidência do Imposto de Renda sobre juros de mora aqueles cuja verba principal seja isenta ou fora do campo de incidência do IR.” (Tema 878)