



emagis
cursos jurídicos

INFOEMAGIS EM PAUTA

30

Coordenadores

Felipe Cadete, juiz federal
Gabriel Brum, juiz federal

Sumário

DIREITO PENAL E INTERNACIONAL 3
Caso Robinho. Transferência da execução da pena e aplicação extraterritorial da lei penal brasileira..... 3

DIREITO CIVIL..... 5
STJ, REsp 1.930.256. Marco Civil da Internet. Imagens de nudez. Fins comerciais. Divulgação não autorizada. Art. 21 da Lei n. 12.965/2014. Inaplicabilidade. 5

DIREITO TRIBUTÁRIO 8
STJ, AREsp 1.904.780. Imposto sobre serviços. Lançamento por homologação. Recolhimento em favor de município diverso. Decadência. Art. 173, I, CTN. Aplicação. 8

DIREITO TRIBUTÁRIO 9
STJ, REsp 1.474.142. Serviços de comunicação. Prestação de capacidade de satélite. ICMS. Não incidência..... 9

DIREITO PENAL E INTERNACIONAL

Caso Robinho. Transferência da execução da pena e aplicação extraterritorial da lei penal brasileira.



Situação Fática

O jogador **Robinho**, enquanto atuava pelo Milan F.C., foi acusado de, no dia 22 de janeiro de 2013, praticar o **crime de estupro** contra uma **mulher albanesa**, de 23 anos, juntamente com cinco amigos, em um estabelecimento situado na cidade de Milão. A ação penal tramitou por todas as instâncias da justiça italiana, tendo Robinho sido **condenado a uma pena de 9 anos de prisão**, em **sentença transitada em julgado**. Atualmente, o jogador vive no Brasil.



Controvérsia

Considerando que a Constituição Federal **veda a extradição de brasileiros natos** (CF, art. 5º, II), Robinho **poderá cumprir aqui no Brasil a pena imposta pela justiça italiana**? Caso não possa, é **possível processá-lo e julgá-lo pelo mesmo fato aqui no Brasil**?



Decisão

Entendemos que **não será cabível** nem a **transferência da execução da pena** (art. 100 da Lei 13.445/17) nem o **processamento de Robinho no Brasil** com base na **aplicação extraterritorial da lei penal brasileira** (CP, art. 7º, II, 'b').



Fundamentos

Embora não haja dúvidas de que **o art. 9º do CP não contempla a possibilidade de homologação de sentença estrangeira para a execução de pena** (somente pode ocorrer para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, ou, então, para sujeitá-lo a medida de segurança), discute-se se seria cabível a **transferência de execução da pena**, instituto disciplinado nos **arts. 100 a 102 da Lei de Migração (Lei 13.445/17)**.

Para uma **primeira corrente**, a transferência de execução da pena não seria cabível, *in casu*, porque o art. 100 da Lei 13.445/17 prevê que **o instituto só será admissível “Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória”**, ao passo que esse pedido **não é possível pelo fato de Robinho ser brasileiro nato** (CF, art. 5º, LI). De outro giro, o **tratado de cooperação judiciária em matéria penal existente entre Brasil e Itália** prevê, no seu art. 1º, § 3º, que a cooperação entre os dois países em matéria penal **“não compreenderá a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal nem a execução de condenações”**.

Uma **segunda corrente**, no entanto, sustenta que a transferência de execução da pena é precisamente uma **alternativa para os casos em que a extradição não é possível ou se torna inviável**. O que o art. 100 da Lei 13.445/17 exige é a *possibilidade* de solicitação de extração executória, e a *solicitação*, em si, é cabível no caso porque já há condenação transitada em julgado (extradição executória, portanto, e não meramente instrutória), ainda que viesse a ser indeferida pela condição de brasileiro nato de Robinho.

De nossa parte, entendemos que **a primeira corrente é a mais correta**. Dizer que a ressalva do art. 100 da Lei 13.445/17 (“*Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória*”) seria atendida pelo só fato de ser cabível a *mera solicitação* de extradição executória — ainda que manifestamente contrária à nossa CF — equivaleria, a bem da verdade, a reconhecer que a lei tem palavras inúteis, o que não pode ser aceito. Por outro lado, o **art. 1º, § 3º, do tratado de cooperação judiciária em matéria penal existente entre Brasil e Itália** somente confirma que transferência de execução da pena, na espécie, não tem amparo jurídico. Ademais, o fato ocorreu em 2013 e a Lei de Migrações é de 2017, ostentando, no ponto, **natureza mista** (pois respinga no *jus puniendi* estatal e na liberdade do cidadão), e não meramente processual, razão pela qual **não poderia retroagir para prejudicar o réu** (CF, art. 5º, XL).

Resta, ainda, a discussão sobre se Robinho poderia ser **processado e julgado aqui no Brasil pelo mesmo fato**, com base na **aplicação extraterritorial da lei penal brasileira**. Nesse passo, sabe-se que é prevista a aplicação da lei penal brasileira a **crime praticado por brasileiro no estrangeiro** (CP, art. 7º, II, ‘b’). Trata-se de hipótese de **extraterritorialidade condicionada**, cujas condições (CP, art. 7º, § 2º) estão **todas preenchidas na espécie: (a)** Robinho está no território nacional; **(b)** o fato é crime tanto aqui quanto na Itália; **(c)** a lei brasileira não veda a extração em caso de estupro; **(d)** Robinho não foi absolvido nem cumpriu pena no estrangeiro; **(e)** Robinho não foi perdoado nem está extinta a punibilidade, seja pela lei italiana, seja pela lei brasileira (gize-se que a prescrição está longe de ocorrer).

Conquanto preenchidas todas as condições do CP, é importante frisar que a **2ª Turma do STF** tem precedentes (HC 171118 e Ext 1223) no sentido de que deve ser observada a **proibição**, prevista na **Convenção Americana de Direitos Humanos** (CADH, art. 8.4) e no **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** (PIDCP, art. 14.7), a que haja **duplo julgamento pelo mesmo fato**. Nessa linha de intelecção, como Robinho já foi julgado e condenado na Itália, não poderia sê-lo aqui novamente.



Fundamentos

DIREITO CIVIL.

STJ, REsp 1.930.256. Marco Civil da Internet. Imagens de nudez. Fins comerciais. Divulgação não autorizada. Art. 21 da Lei n. 12.965/2014. Inaplicabilidade.



Situação Fática

Juliana é modelo e atriz e recentemente fez um **ensaio fotográfico de nu artístico** para determinada **revista masculina**. Pouco tempo depois, a revista e Juliana se depararam com as **imagens irregularmente divulgadas na internet** através de blog hospedado por empresa de tecnologia. O usuário do blog **não tinha autorização** de uso do direito de imagem de Juliana tampouco cessão dos direitos autorais sobre o ensaio fotográfico. Indignados, Juliana e a revista fizeram uma **notificação extrajudicial**, com a indicação expressa das respectivas URLs, para que a **empresa de tecnologia que hospeda o blog** retirasse imediatamente o conteúdo do ar, sob pena de perdas e danos.



Controvérsia

A empresa de tecnologia seria **obrigada a remover** o conteúdo de nudez tão só com a **notificação extrajudicial**, sob pena de responsabilidade civil?



Decisão

Para o STJ, **não**. Só com **ordem judicial** a empresa de tecnologia seria obrigada a retirar o conteúdo referido do ar. **Não seria todo e qualquer conteúdo envolvendo nudez** que autorizaria a retirada por **notificação extrajudicial**. Imagens de nudez produzidas originalmente para **fins comerciais**, ainda que divulgadas de modo **não autorizado**, não ostentam natureza "privada" e como tal **não se enquadram na exceção à reserva de jurisdição prevista no art. 21 da Lei 12.965/2014** (Marco Civil da Internet). Assim, seria necessária **ordem judicial** para obrigar a remoção do conteúdo de **nudez "comercial"** pela empresa de tecnologia que hospeda o blog, segundo o rito do art. 19 e §§ do Marco Civil da Internet. REsp 1.930.256.

A questão trata do dever e procedimento de retirada de conteúdo ilícito do ar no âmbito da internet (*take down*) bem como a responsabilidade civil de provedores. A classificação dos provedores na internet comporta a divisão legal entre 2 (dois) tipos: (1) **provedores de conexão** e (2) de **aplicações de internet** (serviços), nos termos do art. 5º, V, VII, da Lei 12.965/14.

Dentre os referidos **provedores de aplicações de internet** (serviços) existe ainda uma subdivisão jurisprudencial e doutrinária quanto à produção/reprodução de conteúdo comportando 2 (duas) categorias, com repercussões diretas na responsabilidade civil: (1) **provedores de informação**, que produzem as informações divulgadas na internet; e (2) **provedores de conteúdo** que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação. É bastante comum que os provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de internet, sendo difícil precisar e individualizar a modalidade para fins de responsabilização civil. É certo que a doutrina e jurisprudência usualmente classificam de um lado os sites de relacionamento como provedores de conteúdo (a exemplo do Blogger Blogspot, do YouTube e das redes sociais LinkedIn, Facebook, Twitter, Snapchat, Instagram etc.) e do outro lado os sites de notícias como provedores de informação (a exemplo do UOL, G1, R7, ConJur, Jota, Infomoney etc.).

Consequência natural da distinção acima é a **aproximação dos provedores de informação com os veículos tradicionais de mídia e imprensa**, a exemplo do rádio, televisão, revistas e jornais. Aqui deve existir um controle editorial prévio das matérias e informações a serem veiculadas, para evitar a propagação de opiniões pessoais ofensivas à dignidade pessoal e profissional de outrem, para não haver violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas que acarrete dano material ou moral (art. 5º, X, da CF). A **Súmula 221 do STJ**, que prevê a responsabilização solidária do autor da matéria e do veículo de comunicação por danos civis derivados de publicação, aplica-se também no âmbito da internet, mas é restrita aos **provedores de informação**, não se aplicando aos provedores de conteúdo.

Por outro lado, como decorrência da **liberdade de expressão** (art. 5º, IX, da CF) e **proibição da censura** (art. 220, § 2º, da CF), os **provedores de conteúdo**, pela própria natureza da atividade que desempenham, **não são obrigados a realizar a prévia fiscalização do conteúdo das informações produzidas e postadas por terceiros usuários em seus sites**. Em princípio a responsabilidade é restrita ao usuário, já que não haveria a responsabilidade objetiva do provedor de conteúdo pelo ato praticado por outrem. Seja porque não se pode reputar como defeituoso o site de relacionamento que não filtra nem examina previamente os dados e imagens nele inseridos, por eventual conteúdo ilícito ser mera consequência do resultado e dos riscos que razoavelmente se espera do serviço (inciso II do § 1º do art. 14 do CDC), seja por não se aplicar o art. 927, parágrafo único, do CC, já que não é uma atividade de risco, pois a internet mais beneficia que prejudica as pessoas, na linha do Enunciado 39 da I Jornada de Civil do CJF.



Fundamentos

A **responsabilidade civil** do **provedor de aplicações/conteúdo** apenas existiria por conduta própria, em **se omitir em retirar o conteúdo do ar** (*take down*) após regularmente notificado. A responsabilização seria por omissão própria do provedor, jamais por ato de terceiro. O STJ chega a afirmar que a responsabilidade seria por culpa *in omittendo* segundo a previsão do art. 19, *caput*, da Lei 12.965/14.

A regra geral sobre a retirada do ar de conteúdo constante de sites de internet (*take down*) está no art. 19 e §§ da Lei 12.965/14, com a previsão de que a remoção de dados apenas ocorrerá através de **ordem judicial** (*judicial notice and take down*). Em outras palavras, o juízo acerca da licitude ou não do conteúdo ofensivo cabe ao Poder Judiciário e não ao provedor aplicações/conteúdo. Com a edição do Marco Civil da Internet houve uma superação do entendimento até então vigente no STJ, por construção jurisprudencial, que dispensava a ordem judicial, a qual, frisamos, agora é **obrigatória como regra geral**.

Exceção à regra geral de remoção de conteúdo no art. 19, que admite que o próprio lesado acione extrajudicialmente o provedor para a imediata retirada do conteúdo (*notice and take down*), está prevista no art. 21, *caput*, da Lei do Marco Civil e se refere àquilo que a doutrina nominou de **vingança pornográfica** (violação da intimidade através de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado).

Quanto à indagação de a quem competiria o ônus de identificar a página virtual, os arts. 19, § 1º, 21, parágrafo único, da Lei 12.965/14 preveem a sanção de **nulidade à notificação judicial ou extrajudicial que deixar de identificar clara e especificamente o conteúdo danoso**. Assim, o STJ tem entendido que é **dever do ofendido** e não do provedor de aplicações/conteúdo. Existe a obrigatoriedade do ofendido em **indicar a URL** (*Uniform Resource Locator*) de uma página da web como condição para a retirada de conteúdo do ar. Sem a indicação da URL não haveria como indicar o IP (*internet protocol*) do ofensor com segurança, podendo envolver terceiros não relacionados com a infração.

No caso do julgado em comento, o STJ fixou uma interpretação bastante restritiva do art. 21 do Marco Civil da Internet para entender que esse dispositivo legal exige, de modo expresso e objetivo, que o conteúdo íntimo, divulgado sem autorização, seja **produzido em caráter “privado”**, ou seja, de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo, advindo, daí, sua natureza particular. Não é, portanto, a divulgação não autorizada de todo e qualquer material de nudez ou de conteúdo sexual que atrai a regra do art. 21, mas apenas e necessariamente aquele que apresenta, intrinsecamente, uma natureza privada, cabendo ao intérprete, nas mais variadas hipóteses que a vida moderna apresenta, determinar o seu exato alcance. E o STJ excluiu da incidência do art. 21 a **nudez “comercial”** de ensaio fotográfico e nu artístico para os quais se aplicaria a regra geral do art. 19, exigindo **ordem judicial** para retirada de conteúdo.

Assim, a empresa de tecnologia que hospeda o blog apenas estaria obrigada a remover o **ensaio fotográfico de nu artístico** com **ordem judicial**, não produzindo a notificação extrajudicial quaisquer efeitos para fins de responsabilização civil do provedor de aplicações/conteúdo.

Frisamos, de resto, que o julgado não discutiu a responsabilidade civil do próprio autor das postagens ilícitas no blog.



Fundamentos

DIREITO TRIBUTÁRIO

STJ, AREsp 1.904.780. Imposto sobre serviços. Lançamento por homologação. Recolhimento em favor de município diverso. Decadência. Art. 173, I, CTN. Aplicação.



Situação Fática

A empresa ABC Ltda. declarou ao Município X dívida de **ISS** no valor de R\$ 10.000,00 relativa a certa competência, efetuando o respectivo pagamento. No entanto, o Município Y, entendendo que o ISS referente àquele mesmo fato gerador **deveria ter sido recolhido aos seus cofres públicos**, pretende lavrar contra a empresa ABC Ltda. auto de infração efetuando o **lançamento de ofício** de crédito tributário naquele mesmo valor.



Controvérsia

Nessa situação, como deve ser realizada a **contagem do prazo decadencial** para a constituição do crédito tributário pelo Município Y? Na forma do **art. 150, § 4º**, ou do **art. 173, I**, ambos do CTN?



Decisão

Para o STJ, o recolhimento do tributo a **município diverso** daquele a quem seria efetivamente devido **não afasta a aplicação da regra da decadência prevista no art. 173, I do CTN.**



Fundamentos

Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o entendimento pacífico do STJ é de que, "**Quando não houver declaração do débito**, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do **art. 173, I, do CTN**, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa." (Súm. 555 do STJ).



Fundamentos

Nada obstante, se o contribuinte efetua **declaração do tributo** e realiza o respectivo **pagamento antecipado**, não se aplicará a forma de contagem prevista no art. 173, I, do CTN caso o Fisco pretenda realizar um **lançamento suplementar** (ou seja, se entender que o valor do tributo devido é maior do que aquele que fora declarado), mas sim a **forma de contagem disposta no art. 150, § 4º, do CTN**, ou seja, **5 anos a contar do fato gerador** (mais favorável ao contribuinte), salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A aplicação do art. 150, § 4º, do CTN pressupõe, contudo, que a declaração prestada pelo contribuinte o tenha sido para o próprio ente tributante que pretende realizar o lançamento suplementar, pois, do contrário, deverá ser considerada a forma de contagem prevista no art. 173, I, do CTN. É que a lógica do raciocínio está em que, **quando há a declaração do contribuinte para o ente tributante, este já tem conhecimento sobre a ocorrência do fato gerador**, o que justifica o acionamento do art. 150, § 4º, do CTN; se, eventualmente, a declaração e pagamento antecipado forem efetuados em relação a **ente tributante diverso**, não há razão para considerar a forma de cálculo do prazo decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN (5 anos a contar do fato gerador), devendo ser feita a contagem do lustro decadencial a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I).

DIREITO TRIBUTÁRIO

STJ, REsp 1.474.142. Serviços de comunicação. Prestação de capacidade de satélite. ICMS. Não incidência.



Situação Fática

Empresa de telecomunicações brasileira realiza com outra empresa **contrato de prestação de capacidade de satélite** a fim de poder utilizar a **infraestrutura tecnológica de objeto artificial em órbita geoestacionária terrestre** integrando esse método no seu **serviço de comunicação** à disposição dos usuários.



Controvérsia

O contrato de prestação de capacidade de satélite em si já **constitui serviço de comunicação** para fins da incidência de ICMS? É dizer, o valor pago pela empresa de comunicações à empresa de satélites **poderá ser incluído na base de cálculo** do referido imposto?



Decisão

Para o STJ, não. **A prestação de capacidade de satélite não é serviço de comunicação (atividade-fim), sendo mero serviço de valor adicionado (atividade-meio), não se verificando, pois, o aspecto material da hipótese de incidência do ICMS. Por isso, é ilegítimo que o valor do contrato seja incluído na base de cálculo e tributado pelo ICMS.** REsp 1.474.142.

Os **serviços de telecomunicação** estão incluídos na esfera de **competência tributária dos estados-membros** em conformidade com o disposto no art. 155, II, da CF, através do **ICMS-comunicação**.

Sempre foi controversa a definição do que seria serviço de telecomunicação enquanto aspecto material do fato gerador da hipótese de incidência tributária. Isto porque a teor do art. 110 do CTN a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados pela Constituição para definir ou limitar competências tributárias, porque do contrário o legislador ordinário terminaria por indiretamente burlar a divisão rígida de competências tributárias que fica a cargo do constituinte. Assim, a Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), no art. 60, § 1º, define o que é telecomunicação, conceito que não se confundiria com serviço de valor adicionado, já que o § 1º do art. 61 da mesma lei dispõe que o **valor adicionado não constitui serviço de telecomunicação**. A teor do art. 110 do CTN, o legislador infraconstitucional não poderia considerar que o serviço de valor adicionado seria equiparado ao serviço de comunicação apenas para fins tributários:

"Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição."

Com base nas definições legais de serviço de telecomunicação e de serviço de valor agregado, o STJ construiu toda uma tese para diferenciar os serviços desempenhados por operadoras de telecomunicação enquanto **atividades-meio** que apesar de representarem atividades necessárias e essenciais para a regular prestação do serviço de comunicação como **atividade-fim**, com ela não se confundiriam. Corolário da tese seria que as **atividades-meio meramente preparatórias ou acessórias** do serviço de telecomunicação não constituiriam o aspecto material do fato gerador, **não podendo integrar a base de cálculo do ICMS.**



Fundamentos



Fundamentos

Julgados do STJ já elencaram como **atividades-meio que não são fato gerador do ICMS**: acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, desligamento de aparelho, locação, transferência de titularidade etc.

A posição do STJ restou cristalizada na **Súmula 350**: “O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular”.

O STF também corrobora a posição do STJ, sendo apenas digno de nota que o STF procedeu a uma distinção entre a assinatura enquanto adesão na contratação do serviço daquela assinatura básica paga mês a mês nas faturas pela utilização do serviço de telefonia. O Pretório Excelso entendeu que a **assinatura básica** não é um serviço de valor agregado, mas já **comunicação** que constituiria **fato gerador do ICMS-comunicação**, devendo ser incluído em sua base de cálculo. O julgado do STF em regime de repercussão geral teve a seguinte tese no Tema 827: “O Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, independentemente da franquia de minutos conferida ou não ao usuário”.

Assim com base na distinção entre atividades-meio e atividades-fim, o STJ entendeu que a **prestação de capacidade de satélite não constitui serviço de comunicação**, mas mero **serviço de valor adicionado** previsto no art. 61, § 1º, da Lei 9.472/97, portanto **excluído do âmbito de incidência do ICMS** conforme ratio da Súmula 350 do STJ.