

**D**estacando o crescimento da *holding familiar*, a advogada pós-graduada em direito empresarial e negócios **Geisa Santos Scaglia Pereira** faz importantes esclarecimentos sobre esta alternativa de solução dos problemas comuns nas empresas familiares que, por si só, já representa um mecanismo de organização e planejamento fiscal. Informa, dentre outros requisitos, ser necessário que a empresa constituída controle o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, que terão a posse dos seus bens através desta pessoa jurídica controladora patrimonial. Adverte que esta sociedade só será considerada familiar se, além de administrar bens familiares, possuir participação nas ações ou quotas de outras sociedades, destacando que a constituição se torna muito eficaz quando há um núcleo familiar participante de várias empresas atuantes no setor produtivo.

Tecendo considerações sobre depoimento sem dano, enquanto instrumento de humanização da justiça, o juiz titular da 1ª Vara de Família e Sucessões de Rondonópolis, mestre e doutor **Wanderlei José dos Reis**, ressalta que, se para o Poder Judiciário já é árdua a tarefa de tomar o depoimento de uma pessoa adulta em casos de violência sexual, no caso de crianças e adolescentes, a complexidade é ainda maior, haja vista que estes ainda são seres humanos em desenvolvimento e, desta forma, são necessárias técnicas especiais para a realização da oitiva. Defende que a implementação do depoimento especial por parte dos tribunais pátrios se mostra adequada e necessária.

Na sequência, o professor doutor em processo civil **Gelson Amaro de Souza** analisa o tema fraude à execução e o elemento subjetivo no Código de Processo Civil de 2015 e menciona que o novel diploma processual não deu maior atenção ao elemento subjetivo. Destaca que o dolo é elemento essencial para a tipificação da fraude à execução na esfera penal, e assim também o é na órbita cível. Faltando o dolo na área penal, não há tipificação da fraude, o mesmo se dá no campo cível, em que a sentença penal produz seus efeitos, seja o efeito condenatório ou o absolutório.

Sobre presunção de inocência e utilitarismo, à luz da filosofia de Immanuel Kant, o advogado criminalista e mestrando **Iverson Kech Ferreira**, abre seu estudo destacando o pensamento de Kant, que entendia a liberdade não como um presente divino aos seres humanos, mas sim que estes são merecedores dela pela racionalidade que é atributo do ser, meritório de dignidade e respeito, sendo entendido o homem, quanto à dignidade da pessoa, como um fim em si mesmo. Assim fundamentando, o autor adverte que tratar levemente assuntos que conduzem à penalização de um indivíduo é tratar o próprio ser humano como um objeto. Observa que a interpretação feita pelos ministros do STF ao julgar a presunção de inocência como descartável, parte de uma racionalidade burocrática, que não prevê os intuitos da penalização nem de seus motivos, pois uma decisão meramente pautada no substrato de “preventiva”, abusa da possibilidade real do acusado ser inocente.

Encerrando a seção *Doutrina* desta segunda edição de 2017, a advogada **Joanna Varejão** disserta sobre a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante de criança nascida em família homoafetiva. Faz uma digressão histórica sobre os tipos de família que existem no direito civil brasileiro, não obstante a intervenção estatal no núcleo familiar, apontando as grandes mudanças que ocorreram ao longo do tempo. Seu entendimento caminha no sentido de que as modificações e pluralidades não podem deixar na orfandade jurídica os novos núcleos que surgiram. Sejam famílias monoparentais, pluriparentais, recompostas ou mosaicos, todas as formações familiares devem ser respeitadas e são dignas de tutela, pois são norteadas pelo ideal da felicidade.

Em *Legislação*, destaca-se a **Lei 157**, de 29 de dezembro de 2016, que altera a Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos municípios, e dá outras providências”.

Derradeiramente, foram pinçadas mais dezesseis súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo, estas da Seção de Direito Privado, sendo fonte de pesquisa em temas como locação verbal; arrematação na execução fiscal; taxa Selic; dentre outros catálogos jurídicos relevantes.

Boa Leitura. Equipe Bonijuris.

# Revista Bonijuris

Ano XXIX | # 639 | Fevereiro 2017

## Conselho Editorial

Antonio Carlos Facioli Chedid, Carlos Roberto Ribas Santiago,  
Clèmerson Merlin Clève, Edésio Franco Passos (*in memoriam*),  
Hélio de Melo Mosimann, Humberto D'Ávila Rufino,  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, João Casillo, João Oreste Dalazen,  
Joel Dias Figueira Júnior, Luiz Fernando Coelho (coordenador),  
Manoel Antonio Teixeira Filho, Manoel Caetano Ferreira Filho, Maximiliano Nagl Garcez,  
Oksandro Gonçalves, Roberto Víctor Pereira Ribeiro, Rolf Koerner Júnior, Zeno Simm

## Editor responsável

Luiz Fernando de Queiroz

## Pesquisadores

Alberto Nahum Lima de Moura Feres, André Barbieri Souza, Carlos Oswaldo M. Andrade, Eduardo Cambi,  
Elionora Harumi Takeshiro, Geison de Oliveira Rodrigues (coordenador), Geraldo Vaz da Silva, José Lúcio Glomb,  
Joseph Ernest Gardemann Filho (*in memoriam*), Luciano Augusto de Toledo Coelho, Luiz Carlos da Rocha, Luiz Salvador,  
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt, Pollyana Elizabete Pissaia (editora adjunta), Rogério Distéfano, Roland Hasson,  
Sérgio de Aragon Ferreira, Solange Roessle, Yoshihiro Miyamura

## Revisoras

Dulce de Queiroz Piacentini – Noeli do Carmo Faria

## Coedição:

AMAPAR – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ  
AMC – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS CATARINENSES  
AMATRA – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO – IX E XII

## Normas editoriais para encaminhamento de artigos à revista

1. As opiniões emitidas nos artigos não refletem, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial da Revista, sendo de exclusiva responsabilidade de seus autores.
2. A remessa e o recebimento de matérias não implicam a obrigatoriedade de publicação.
3. Dá-se preferência a trabalhos inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, seminários, palestras etc.).
4. Solicita-se que o autor envie os artigos por e-mail, em arquivo Word, onde conste também sua qualificação profissional/ acadêmica e endereço.
5. Os artigos serão revisados, editados e publicados de acordo com as normas técnicas da Revista Bonijuris.

## Endereço para correspondência:

### Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris

Rua Marechal Deodoro, 344 | 3º and. | CEP: 80010-010 | Curitiba | PR | [www.bonijuris.com.br](http://www.bonijuris.com.br) | ISSN 1809-3256 | Qualis C – Capes  
Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco. | Fone/FAX: (41) 3323-4020 | e-mail: [contato@bonijuris.com.br](mailto:contato@bonijuris.com.br)

#### Repositório autorizado

TST Nº 24/2001  
STF Nº 34/2003  
STJ Nº 56/2005

#### Administrativo | Comercial

Fone-fax: (41) 3323-4020  
[bonijuris@bonijuris.com.br](mailto:bonijuris@bonijuris.com.br)  
[comercial@bonijuris.com.br](mailto:comercial@bonijuris.com.br)

#### Assinaturas

0800 645 4020

#### Jurídico | Pesquisa

Fone: (41) 3322-3835  
[juridico@bonijuris.com.br](mailto:juridico@bonijuris.com.br)



Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos tribunais. Publicação dirigida ao território nacional. Edição mensal – Tiragem 1.400 exemplares

## Doutrina

- 06 | **(Nova) Tendência Empresarial: A Holding Familiar**  
Geisa Santos Scaglia Pereira
- 14 | **O Depoimento Sem Dano Como Instrumento de Humanização da Justiça**  
Wanderlei José dos Reis
- 17 | **Fraude à Execução e o Elemento Subjetivo no CPC/2015**  
Gelson Amaro de Souza
- 25 | **Presunção de Inocência, Kant e o Utilitarismo**  
Iverson Kech Ferreira
- 31 | **Possibilidade de Concessão de Licença-Maternidade à Mãe Não Gestante de Criança Nascida em Família Homoafetiva**  
Joanna Varejão

## Acórdãos em destaque

- 34 | STJ | **Min. Marco Aurélio Bellizze**  
Exclusão de sócio só é efetivada após prazo de, no mínimo, 60 dias da notificação
- 38 | STJ | **Min. Paulo de Tarso Sanseverino**  
Instituição bancária deve pagar indenização por danos morais ao proprietário de imóvel dado em garantia à instituição financeira pela construtora, mesmo após a quitação da unidade junto à empresa
- 41 | STJ | **Min. Nancy Andrighi**  
Prazo para Defensoria conta do dia seguinte à entrada dos autos no órgão
- 43 | STF | **Min. Luiz Fux**  
Descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor é dispensável nos crimes societários
- 52 | TST | **Min. Renato de Lacerda Paiva**  
Mantida a responsabilidade de construtora por acidente em ônibus contratado para transporte de funcionários
- 57 | TRF | **Des. Federal Souza Prudente**  
Candidata aprovada em concurso público tem posse garantida mesmo após prazo estipulado em edital
- 60 | TRF | **Des. Federal Gerson Luiz Rocha**  
Incide IPI na saída de produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador

## Legislação

- 78 | **Lei 157/16**  
Altera a lei complementar que dispõe sobre o ISSQN

## Ementário

- 64 | TJMG | **Civil e Comercial**  
**Des. Saldanha da Fonseca**  
Hotel deve indenizar hóspedes por furto de objetos
- 65 | TJRS | **Imobiliário**  
**Des. Marco Antonio Angelo**  
Atraso na entrega de imóvel não gera indenização por dano moral
- 68 | STJ | **Processo Civil**  
**Min. Paulo de Tarso Sanseverino**  
Excepcionalmente é possível a penhora de valor depositado em conta corrente
- 69 | STJ | **Penal e Processo Penal**  
**Min. Nefi Cordeiro**  
Magistrado deve pautar-se pela razoabilidade ao fixar a dosimetria da pena
- 71 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**  
**Min. Hugo Carlos Scheuermann**  
Gerente da CEF sem poder de mando e gestão terá direito a hora extra
- 74 | TJSC | **Administrativo e Constitucional**  
**Des. Ricardo Roesler**  
Indenização a preso agredido na cadeia após ser identificado como estuprador
- 76 | STJ | **Tributário**  
**Min. Gurgel de Faria**  
Incide contribuição previdenciária sobre o adicional de risco de vida

## Súmulas em destaque

- 81 | Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (II) – Seção de Direito Privado

## Não tropece na língua

- 82 | **Maria Tereza de Queiroz Piacentini**  
Uso do artigo definido em relação a pessoas

# (NOVA) TENDÊNCIA EMPRESARIAL: A HOLDING FAMILIAR

**Geisa Santos Scaglia Pereira**

Advogada

Graduada em Direito e pós-graduada em Direito Empresarial e dos Negócios (Universidade do Vale do Itajaí/SC)

## Resumo

O ambiente dos negócios está propício ao surgimento de determinados acontecimentos, tendências e o conhecido “modismo”, que se muito utilizados, passam a se tornar regra para os grandes gestores. O presente trabalho trata de uma tendência, nova para alguns e conhecida para outros, uma inovação jurídica que utiliza métodos lícitos e assertivos com a finalidade de reduzir custos e proteger os bens adquiridos ao longo de muitos anos de laboro: a *holding* familiar. Não é preciso inventar nada, não é preciso criar algo que ninguém pensou, é preciso inovar com o que há no mercado. Muitos profissionais já foram questionados sobre a conveniência de se constituir

uma sociedade assim e sobre qual a melhor maneira de criá-la. Por se tratar de um método com muitas beneficias, as *holdings* podem ser a alternativa para solução dos problemas comuns das empresas familiares, além de representarem um mecanismo de organização e planejamento fiscal, societário e de proteção patrimonial. Para desenvolver o tema proposto, partiu-se de um estudo sobre a *holding* propriamente dita, analisando o seu conceito, sua natureza jurídica e o tipo societário. Após oferecer uma base teórica, buscou-se ingressar no tema principal do artigo sobre suas vantagens para, posteriormente, demonstrar como proceder com a sua constituição e aplicação

## 1. O que é uma *holding*?

### 1.1 Definição e base legal

Entende-se por *holding* aquela sociedade que detém participação societária em uma ou mais empresas.

Segundo Gladston Mamede<sup>1</sup>:

“A expressão *holding company*, ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca, etc.), investimentos financeiros, entre outros.”

Em síntese: ela controla, mantém e guarda.

Há entendimentos de que existem duas modalidades de *holding*<sup>2</sup>: a *pura*, que corresponde ao seu objetivo social, quando consta somente a participação no capital de outras sociedades, e a *mista*, mais utilizada no Brasil, onde além da participação, ela serve também à exploração de alguma atividade empresarial. Contudo, além destas modalidades, é possível identificar diversas classificações, como a *holding* imobiliária, *holding* patrimonial, *holding* administrativa, e neste rol inclui-se a *holding* familiar. Como dito alhures, as *holdings* surgiram no Brasil em 1976 com a Lei 6.404, que trata sobre as sociedades anônimas, entretanto, na referida lei não há previsão legal das classificações acima mencionadas, existindo apenas considerações acerca da constituição de uma *holding*, como é o caso do artigo 2º, § 3º, que preceitua: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”<sup>3</sup>

Ainda na lei das sociedades anônimas, o artigo 243, § 2º, aborda as sociedades coligadas, controladas e controladoras, que nada mais é que a *holding* propriamente dita:

“Art. 243, § 2º – Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”<sup>4</sup>

Em que pese a omissão no texto da Lei das S.A., cumpre esclarecer que não há nenhum impedimento legal que a sociedade *holding* seja constituída na forma de limitada, ou de outros tipos societários, porque a terminologia *holding* não remete a um tipo societário determinado e, sim, à administração e controle da sociedade que possuir preponderância nas ações ou quotas de outra.

A *holding*, portanto, é uma sociedade que poderá ser constituída através de um tipo societário, possuindo como objeto social básico a participação societária em uma ou diversas sociedades, podendo delas exercer o controle.

O Código Civil, quando faz referência às sociedades limitadas, destaca um capítulo para as “Sociedades Coligadas”, onde é possível verificar nos artigos 1.097 a 1.101 acerca do controle societário de uma sociedade sendo exercido por outra.

Assim, a *holding* familiar, objeto do presente estudo, pode ser pura ou mista, pode ser uma sociedade anônima<sup>5</sup> ou limitada<sup>6</sup>, simples<sup>7</sup> ou empresária<sup>8</sup>, o que a diferencia é o objetivo para que é criada, sua contextualização, adentrando no âmbito familiar, servindo de planejamento para seus membros, otimização fiscal, sucessão hereditária, entre outras vantagens que serão explanadas na sequência.

Contudo, cabe esclarecer que a *holding* familiar muitas vezes é confundida com uma sociedade administradora de bens.

O doutrinador **Adolpho Bergamini**<sup>9</sup> denomina *holding* familiar àquela empresa cuja constituição se deu para unicamente concentrar o ativo de determinada família, concentrando-se o patrimônio e estabelecendo-se a forma de transmissão do patrimônio a seus herdeiros:

“utiliza-se a expressão Holding Familiar para qualificar uma empresa que controla o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, ou seja, ao invés das pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, possuem através de uma pessoa jurídica – a controladora patrimonial, que geralmente se constitui na forma de uma sociedade limitada que, via de regra, tem a seguinte denominação social (nome patronímico, ou outro à escolha) Empreendimentos, Participações, Comercial Ltda.”

Porém, esta sociedade só será considerada uma *holding* familiar se, além de administrar bens familiares, possuir participação nas ações ou quotas de outras sociedades.

Importa destacar que a constituição de uma *holding* familiar se torna muito eficaz quando há um núcleo familiar participante de várias empresas atuantes no setor produtivo. Assim, a *holding* torna-se a sociedade representante das empresas, “na mesma proporção em que também representa a família que o controla”<sup>10</sup>.

Neste mesmo sentido, a concentração administrativa também pode repercutir no contexto econômico da *holding*, posto que ela pode se tornar a representante de todas as empresas controladas junto a outros órgãos governamentais e instituições financeiras, estabelecendo um relacionamento direto entre elas. Desta forma, é consequência

à *holding* ter um aumento no seu poder de negociação e um reforço em sua imagem junto a estas entidades.

## 2. Da natureza jurídica

A natureza jurídica refere-se à distinção da sociedade ser simples, empresária, anônima ou cooperativa<sup>11</sup> e em nosso ordenamento jurídico não existe qualquer limitação quanto à forma de constituição da *holding*.

Assim ela pode ser constituída sob o tipo societário que for, pode assumir a forma de sociedade anônima, sociedade simples ou empresária, o que melhor convier.

No entanto, cabe destacar que os advogados **Pedro Figueiredo Rocha** e **André Felipe Santos**<sup>12</sup> sustentam a tese de que a *holding* não pode ser constituída sob a forma de sociedade simples, ao argumento de que se o *objeto social predominante é a participação e até o controle societário de determinada empresa*, significa que é *puramente empresária*, devendo seus atos constitutivos ser registrados na Junta Comercial.

## 3. Das vantagens

### 3.1 Da proteção patrimonial

Adentrar no mundo dos negócios é exercer uma atividade empresarial que pode ser bastante lucrativa ou, se mal conduzida, pode colocar em risco o patrimônio construído durante uma vida inteira.

Proteger o patrimônio pessoal do sócio ou acionista em face das inúmeras situações de responsabilidade solidária em relação às empresas das quais participe é um dos objetivos da *holding*.

Para tanto, é necessário saber que em nosso ordenamento jurídico está presente um sistema de responsabilidade civil que pode



atingir pessoas jurídicas, terceirizadas, sócios, acionistas e também os administradores, o que se trata nos itens a seguir.

### 3.1.1 Natureza trabalhista

O artigo 2º, § 2º, da CLT<sup>13</sup> institui a figura do grupo econômico, tornando responsáveis solidárias todas as empresas do grupo que dirige, controla ou administra a empregadora:

“Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º – Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Um exemplo de que os bens do empresário estão sujeitos a ações judiciais dentro da lei, é de um ex-funcionário ajuizar uma ação trabalhista, na qual o juiz pode determinar que até mesmo o automóvel ou a casa do dono da empresa entre como pagamento da indenização.

### 3.1.2 Natureza civil

O artigo 50 do Código Civil<sup>14</sup> dispõe que haverá a desconsideração da personalidade jurídica, podendo as dívidas recaírem sobre os bens dos sócios.

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A mesma situação pode ser ampliada, inclusive, no caso de falência (art. 82 da Lei de Falências 11.101/05<sup>15</sup>):

“Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.”

### 3.1.3 Natureza consumerista

O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor trata sobre a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, atingindo a pessoa dos sócios ou as sociedades integrantes de grupos societários, nos casos em que houver dano ao consumidor, abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fatos e atos ilícitos, violação dos estatutos ou contrato social, assim como a falência, estado de insolvência ou encerramento de atividades provocadas por má gestão.

### 3.1.4 Natureza tributária

No Código Tributário Nacional, é possível localizar no artigo 135, inciso III, os casos em que a responsabilidade recai sobre os sócios e responsáveis pela sociedade:

“Art. 135 – São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”<sup>16</sup>

**Hamilton D. Ramos Fernandez**<sup>17</sup> ensina que quando os sócios possuem riscos de responsabilidade civil, o patrimônio pessoal fica

extremamente exposto e frágil, podendo ser objeto de penhora online de numerário, de imóveis, penhora de veículos, de outros bens móveis, medidas cautelares de arresto, sequestro e arrolamento.

Contudo, quando há a figura da *holding*, os bens não são atingidos diretamente, exceto em casos extremos quando houver o afastamento da personalidade jurídica da própria *holding*, sendo motivo para tanto a ocorrência de fraudes, desvio patrimonial em situação de insolvência, entre outros.

Na presença da *holding*, o que se torna passível de penhora são os frutos e rendimentos que as quotas ou ações irão produzir, ou as próprias quotas ou ações, conforme preceituam os art. 1.026 e 1.031 do Código Civil.

Se penhoradas puramente as quotas ou ações, o parágrafo 2º do art. 1.031 estipula que o pagamento das quotas pertencentes ao sócio devedor será feito no prazo de 90 dias ou naquele previsto no contrato (quanto este instrumento tratar da retirada do sócio), o que representa inegável proteção, uma vez que a preferência será sempre dos outros sócios na aquisição das quotas do devedor nas condições que o contrato estipular.

Ademais, cumpre ressaltar que se a *holding* adotar a forma de sociedade simples, não estará sujeita à falência.

Portanto, a figura da *holding* representa um escudo legal contra eventual ataque aos próprios bens que foram conferidos para formação do capital.

### 3.2 O aspecto societário – planejamento societário

Sob o aspecto societário, a *holding* familiar auxilia em muitos casos a sucessão administrativa de forma regrada e profissional, permitindo o crescimento do grupo,

controle e administração de todos os investimentos e gerenciamento de interesses societários internos. É a possibilidade das relações existentes deixarem de ser analisadas sob o direito de família e sim às regras de direito societário.

Ademais, os familiares deixam de ser sócios da empresa operacional e passam a ser sócios da *holding* familiar. Ela por sua vez, deverá ser bem estruturada societariamente por meio de seu estatuto (sociedade por ações) ou contrato social (sociedade por quotas) e de preferência os sócios deverão realizar um *acordo de acionistas*, que irá regular questões como direito de voto, administração, entrada e saída de sócios, entre outros detalhes, prevalecendo o respeito ao *affectio societatis*, onde os sócios são obrigados a atuar para o bem da sociedade e não de si próprio.

Portanto, em caso de desentendimentos, a votação por meio da *holding* familiar decidirá sobre as diretrizes a serem seguidas na empresa operacional, descartando a emoção das pessoas naturais e agindo como unidade jurídica. Tal alternativa poderá evitar que problemas pessoais ou familiares afetem diretamente as empresas operacionais.

Gladston Mamede<sup>18</sup> ensina que as *holdings* familiares têm sido usadas para o planejamento sucessório, evitando a existência e permanência de conflitos familiares, que geralmente ocorrem quanto há questões patrimoniais envolvidas:

“Mais do que isso, o contrato social ou o estatuto social viabiliza a instituição de regras específicas para reger essa convivência, dando ao instituidor, nos limites licenciados pela lei e pelos princípios jurídicos, uma faculdade de definir as balizas que orientarão a convivência dos parentes em sua qualidade de sócios quotistas ou acionistas da convivência dos parentes em sua qualidade de sócios quotistas ou acionistas da *holding*.”

Com esta medida, as empresas controladas, que são as operacionais, tendem a não sofrer a consequência direta dos conflitos familiares, que gerariam prejuízos imediatos na organização produtiva, sendo que os conflitos serão resolvidos no âmbito da *holding*.

**Djalma de Pinho Rebouças de Oliveira<sup>19</sup>** ensina que “pode-se assistir a uma expansão de negócios rentáveis, apesar do insucesso de outras associadas, pois cada empresa afiliada pode ser considerada isoladamente, sendo que, concomitantemente, pode-se assistir a um enxugamento das estruturas ociosas das empresas afiliadas, relativamente aos serviços comuns a todo grupo”.

### 3.3 Proteção familiar frente ao divórcio

Com o crescente número de divórcios, a *holding* familiar mostrou ser uma alternativa para proteger o patrimônio da família contra fracassos amorosos, tantos dos pais quanto dos filhos.

Como será visto a seguir na matéria relativa ao planejamento sucessório, é possível fazer doação de quotas ou ações gravadas com a cláusula de incomunicabilidade, no ato de constituição da *holding*, evitando torna-se alvo de uma partilha resultante de um divórcio, ou então, gravar os títulos com a cláusula de inalienabilidade, que, na forma do artigo 1.911 do Código Civil, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade, desde que atendendo à cláusula fundamentada requisitada pelo artigo 1.848 do Código Civil.

Se a *holding* tiver sido constituída em forma de sociedade limitada, o artigo 1.027<sup>20</sup> impede o cônjuge ou convivente de exigir desde logo a sua parte em face da separação. O procedimento legal é pedir a liquidação das quotas, o que permite aos demais sócios (membros da família) entregar-lhe dinheiro e não participação societária.

Já no caso da *holding* se tratar de uma sociedade anônima (S.A.), o caminho para proteção dos interesses familiares é incluir alguma disposição específica que limite o cônjuge no estatuto social, como por exemplo,

uma cláusula prevendo que o ingresso de qualquer sócio dependa da anuência unânime dos demais e que, diante da recusa, aquele que adquiriu as ações em virtude de penhora, leilão, adjudicação, separação judicial ou herança, terá o direito ao reembolso de seu valor, calculado nos moldes da lei. Assim, o objetivo é que o ex-cônjuge não ingresse na *holding* (e assim no bloco de controle das sociedades operacionais) ou que obtenha qualquer participação societária proporcional, disseminando a *holding*.

### 3.4 Sucessão familiar

Considerar a ideia da própria morte não é nada agradável, porém, algumas vezes, é possível encontrar exemplos de homens e mulheres que planejaram e perpetuaram a existência da sociedade, que, graças ao planejamento sobreviveu a disputas entre herdeiros ou à inabilidade de condução dos negócios.

## EM CASO DE DESENTENDIMENTOS, A VOTAÇÃO POR MEIO DA HOLDING FAMILIAR DECIDIRÁ SOBRE AS DIRETRIZES A SEREM SEGUIDAS NA EMPRESA OPERACIONAL

O objetivo é a sucessão hereditária, especialmente em relação ao tormentoso processo judicial de inventário que, além de tornar extremamente lenta a partilha e com isso refletir negativamente no desenvolvimento das empresas, é muito mais caro do que a sucessão *via holding*.

Legalmente a sucessão pode ocorrer de duas formas: *sucessão intestada ou legítima*, ou seja, quando não há testamento, e a *sucessão testamentária*, quando há testamento, permitindo a divisão antecipada dos bens, incluindo participação societária, respeitando o direito de cada herdeiro à sua parte legítima sobre o patrimônio.

Em suma, com a morte abre-se a sucessão, ou seja, a herança se transmite imediatamente aos herdeiros legítimos e/ou testamentários. Porém, quando, entre os bens há uma ou mais empresas, o desafio é, primeiro, sua administração perante o inventário, já que os atos de gestão estarão sob responsabilidade do inventariante, e, segundo, tratar eventual disputa entre os herdeiros por suas partes no patrimônio.

Gladston Mamede<sup>21</sup> discorre sobre a responsabilidade do chefe de família neste caso:

“O chefe de família desempenha um importante papel social. Por um lado, dele se espera atenção e respeito a todos os seus filhos, dando-lhe tratamento igualitário, ainda que lhe seja possível, nos limites da lei (50% do patrimônio, segundo o artigo), dispor livremente de seu patrimônio. O costume entre as famílias, contudo, é permitir a distribuição de partes iguais entre os herdeiros, sem preferir uns e preterir outros. No entanto, a existência de personalidades, perfis e vocações diversas pode recomendar que essa distribuição se faça de uma maneira mais refinada, compreendendo cada herdeiro, bem como da própria empresa, ou grupo empresarial, cujas existência e atuação repercutem em trabalhadores, fornecedores, consumidores e na comunidade em geral.”

Desta forma, o empresário realiza a constituição da *holding* familiar, contendo a sucessão do patrimônio e nas demais empresas coligadas, e quando da sua falta (morte), ao invés de se iniciar o processo burocrático de inventário, não haverá surpresas, porquanto a administração da(s) empresa(s) já estará definida e resolvida e a continuidade da *holding* se dará com os herdeiros sócios que seguem na gestão do patrimônio segundo a estrutura montada em vida pelo patriarca ou matriarca.

Quando o planejamento sucessório é realizado, a morte causa danos sentimentais e não danos patrimoniais, pois já está definido que *todos os herdeiros* são sócios da *holding* e, assim, participam dos lucros da(s) empresa(s), assim como já está definida a administração das atividades negociais por herdeiros que possuem o perfil adequado ou por administrador profissional.

Neste sentido, o primeiro passo é realizar a constituição da sociedade, passando o patrimônio total da família ou a parte que o interessado desejar, não mais à pessoa física e sim a pessoa jurídica criada.

Destarte, a sucessão hereditária não ocorrerá nos bens que o empresário detinha, ou na participação societária das empresas “operacionais”, mas sim na participação societária da *holding*.

Contudo, é necessário que o empresário decida se a transferência das quotas ou ações da sociedade de participação se fará antes ou após a morte dele.

Se antes do falecimento, a transferência ocorrerá através de doação, caracterizando o *adiantamento da legítima*. Contudo, se a transferência se der após a morte, a transmissão será realizada por testamento, ficando os ascendentes com o controle e somente com a

morte é transferido para os descendentes.

Em paralelo, pode-se usar o recurso do usufruto pelo qual os genitores transferem aos herdeiros apenas a nua propriedade dos títulos societários (quotas ou ações), mantendo os genitores a condição de usufrutuários.

Desta forma, o empresário pode optar em realizar a doação das quotas ou ações em favor dos sucessores com reserva de usufruto, mantendo para si, a garantia de dividendos até a sua morte, eliminando a necessidade de inventário e partilha.

Essa doação pode ser feita com cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade que protegem o patrimônio dos sucessores em face de casamentos, dívidas futuras e prodigalidade, lembrando, contudo, do requisito esculpido no artigo 979 do Código Civil, segundo o qual, além de no registro civil, serão arquivados e averbados no registro público os atos de empresas mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade, posto que o registro público desempenha a função de tornar os atos societários eficazes em relação a terceiros.

### 3.5 O aspecto fiscal – planejamento fiscal

No aspecto fiscal, a *holding* familiar pode possibilitar o planejamento tributário, com retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, além de vantagens no aproveitamento da legislação fiscal vigente.

Em muitos casos a legislação fiscal oferece balizas que podem definir cenários mais ou menos onerosos, definidos a partir do ob-



jetivo que foi escolhido pelo contribuinte.

Uma grande vantagem é a tributação sobre os aluguéis quando se tem sociedade patrimonial cujo objeto social inclua a locação de bens.

Neste sentido, a vantagem está presente quando se compara a legislação tributária aplicada à pessoa física da pessoa jurídica. Ocorre que a denominação do que é *renda* difere no âmbito tributário, posto que a pessoa jurídica tem a faculdade de provisionar valores para reserva de lucros e fundos contábeis; deste modo, sobrevalores auferidos pela sociedade não se tornam disponíveis como no caso de pessoa física, portanto, não se sujeitam à tributação do imposto de renda, além de que a pessoa jurídica também possui a alternativa de incorporar seus lucros ao capital social.

Ainda em relação ao comparativo realizado acima, a legislação fiscal quanto ao imposto de renda da pessoa física define as alíquotas em função dos rendimentos auferidos, enquanto que a legislação relativa à pessoa jurídica prevê a variação de alíquotas em função do tipo de atividade desempenhada pelo contribuinte, além de principiar por uma maior variabilidade de regimes tributários, que após definido pela sociedade possibilitam ainda variedade na definição do tributo que deverá ser recolhido.

No tocante ao planejamento sucessório quando utilizado para o adiantamento de legítima por parte do empreendedor, pode, dependendo do caso, reduzir a carga tributária que normalmente incide quando da abertura da sucessão por falecimento. O empresário poderá doar as suas quotas aos herdeiros, devidamente gravadas com cláusula de usufruto vitalício em seu

próprio favor, além de inserir cláusulas de impenhorabilidade, incommunicabilidade, reversão e inalienabilidade, conforme explanado anteriormente. Porém, em caso de inventário ou partilha quando não ocorre a doação em vida, é possível a conjugação com testamentos. Dessa forma, serão inventadas as quotas ou ações da sociedade, sendo que o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) será realizado pelo valor nominal das quotas ou sobre o quinhão que for apontado em balanço especial levantado para esse fim.

Certo é que não há fórmula mágica, cada sociedade possui uma realidade diferente, não havendo um método único e milagroso para aplicação, sendo necessário verificar se existem alternativas lícitas para estabelecer uma situação melhor.

#### 4. Constituição e a transferência dos bens para a holding

Para constituição da *holding*, a primeira etapa é a escolha dos sócios (herdeiros/familiares) e do tipo societário (S.A., sociedade simples ou empresária).

Alguns operadores do direito sugerem que a *holding* seja constituída sob a forma de sociedade simples ou empresária limitada, que se tornam mais fáceis de gerir, além de conferirem proteção contra o ingresso de terceiros na sociedade, haja vista o princípio do *affectio societatis* e impossibilidade de falência.

Por se tratar de *holding* familiar, a sociedade empresária limitada é geralmente integrada entre o marido, esposa e filhos, se não houver nenhum impedimento legal quanto ao regime de casamento; entretanto, vale destacar que no caso de sociedade simples não há impedimento entre marido e mulher serem sócios.

No contrato ou estatuto social já serão definidas livremente as regras de administração e de sucessão, atendendo-se, apenas, as restrições legais (o fundador escolhe quem e como será gerida a empresa na sua ausência), assim como estipuladas as hipóteses de doação com reserva de usufrutos, cláusulas de incommunicabilidade, impenhorabilidade, inalienabilidade que protegem o patrimônio dos sucessores em relação a terceiros.

No tocante à transferência dos bens particulares para a *holding*, esta etapa deve ocorrer por meio de conferência na constituição ou aumento de capital social.

Não há incidência de imposto de renda sobre ganho de capital se os bens forem transferidos pelo valor constante da declaração do imposto de renda da pessoa física (art. 23 da Lei 9.249/95), contudo, deve ser observado neste momento eventuais benefícios fiscais quanto ao ganho de capital.

Do mesmo modo, também não há incidência do imposto de transmissão *inter-vivos* relativo aos imóveis entregues para a formação do capital social ou que resultarem de cisão, fusão ou incorporação, nos termos do art. 156, § 2º, inc. I, da Constituição Federal.

#### 5. Dissolução da sociedade

Como qualquer empresa a *holding* está sujeita à extinção nos moldes previstos nos artigos 1.033 e seguintes do Código Civil, entre os quais se destaca a possibilidade de dissolução pelo consenso dos sócios ou acionistas.

Neste ponto, assume particular importância a situação dos bens e direitos da *holding* que poderão ser entregues aos sócios ou acionistas como devolução de capital, sem pagamento de imposto de renda, desde que se faça pelo valor contábil,

conforme dispõe o art. 238 do Decreto 3.000/99 (RIR).

Alternativamente, a *holding* pode avaliar os bens a preço de mercado e com base nesse valor transferi-los aos sócios ou acionistas, hipótese em que o ganho de capital será tributado na *holding*.

Com a dissolução da sociedade se inicia o procedimento de liquidação, quando levanta-se o ativo, os passivos são devidamente pagos e o saldo residual é partilhado entre os sócios ou acionistas.

Diante do sócio da *holding* não ser mais o *proprietário* dos bens e das quotas/ações que integrou no capital social e sim ter *participação* nas quotas/ações desta nova sociedade criada, é que este sócio não pode pleitear, por exemplo, que na extinção da sociedade, seja restituído um bem que integrou no capital social da *holding*.

Por este motivo é que no caso de dissolução da sociedade, a liquidação ocorrerá, se sociedade limitada, nos moldes prescritos nos artigos 1.102 e seguintes do Código Civil, ou, no caso de sociedade anônima, pela Lei 6.404, tendo o sócio direito à apuração dos seus haveres, e não à restituição dos bens.

### Considerações finais

Durante o desenvolvimento do artigo se compreendeu que a *holding* familiar pode ser uma solução para os empresários com objetivo de prolongarem a existência de suas atividades comerciais, alinhando a

proteção ao patrimônio, o planejamento tributário e o sucessório.

O primeiro item demonstrou a definição, a base legal e as diversas espécies de *holding* que podem ser criadas de acordo com o propósito do empresário.

O segundo e terceiro momento mostrou a existência de grandes vantagens na constituição da

*holding*, como proteger o patrimônio pessoal do sócio ou acionista em face a inúmeras situações de responsabilidade solidária em relação as empresas das quais participe; por ser a forma mais eficaz de se fazer a sucessão hereditária com a proteção patrimonial dos sucessores e das empresas do grupo; e por fim o aproveitamento dos incentivos fiscais na tributação de rendimentos dos bens particulares como pessoa jurídica, a exemplo:

recebimento de alugueis, lucros e dividendos, juros, transferência de bens, entre outros.

Percebe-se que diante da questão abordada, o planejamento sucessório realizado pelo empresário, quando da constituição da *holding* familiar, também evita conflitos entre familiares e concentra as forças para o crescimento e profissionalização dos negócios.

Por fim, chega-se à ponderação de que o prejuízo financeiro do passado leva agora os empresários à busca pela redução de custos e à procura pela proteção dos bens adquiridos por longos anos, surgindo a necessária aplicação de métodos lícitos, existentes e disponíveis no

mundo jurídico como a *holding* familiar.

Destaca-se que o presente artigo não tem caráter exauriente, mas pretende tecer reflexões sobre o tema que provoque outros e mais aprofundados estudos que possam colaborar com a efetivação da pesquisa realizada. ■

### Notas

1 MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 06.

2 Os doutrinadores estudados que confirmam o entendimento da existência de duas modalidades de *holding* são BORGES, Antônio e MACEDO, João Carlos Monteiro de. *Sociedades Gestoras de Participações Sociais – Aspectos Jurídicos, Fiscais e Contábilísticos*. 4. ed. Lisboa: Areas Editora, 112 p., 2008., e NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

3 BRASIL. Lei 6.404, de 15 de abril de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, D.O. de 17.12.1976, p. 1.

4 BRASIL. Lei 6.404, de 15 de abril de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, D.O. de 17.12.1976, p. 1.

5 A *sociedade anônima*, também chamada de companhia, é pessoa jurídica de direito privado composta por dois ou mais acionistas, de natureza eminentemente empresarial, independentemente da atividade econômica desenvolvida por ela (art. 13 da Lei 6.404/76), em que o capital social é dividido em ações de igual valor nominal, que são de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade do acionista ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Portal do Empreendedor. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/outras-naturezas-juridicas/sociedade-anonima>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

6 *Sociedade limitada* é aquela que realiza atividade empresarial, formada por dois ou mais sócios que contribuem com moeda ou bens avaliáveis em dinheiro para formação do capital social. A responsabilidade dos sócios é restrita ao valor do capital social, porém responde solidariamente pela integralização da totalidade do capital, ou seja, cada sócio tem obrigação com a sua parte no capital social, no entanto poderá ser chamado a integralizar as quotas dos sócios que deixaram de integralizá-las. Portal do Empreendedor. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/sociedades-empresarias-limitadas>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

7 A *sociedade simples* é a forma societária adotada para as atividades não empresariais, como nas sociedades entre profissionais liberais ou intelectuais e nas cooperativas. SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. *Direito empresarial*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2009. (Elementos do Direito, v. 5).

**8** *Sociedade empresária* é a pessoa jurídica que explora uma empresa. Atente-se que o adjetivo “empresária” conota ser a própria sociedade (e não os seus sócios) a titular da atividade econômica. Não se trata, com efeito, de sociedade empresarial, correspondente à sociedade de empresários, mas da identificação da pessoa jurídica como o agente econômico organizador da empresa. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. Direito de Empresa. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

**9** BERGAMINI, Adolpho. *Constituição de empresa Holding Patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação*. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/50894572/Constituicao-de-Holding-Adolpho-Bergamini>. Acesso em 27.11.2013.

**10** MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

**11** BRASIL. Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, D.O. de 16.12.1971, p. 1. “Art. 4º – As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados (...)”

**12** ROCHA, Pedro Figueiredo. SANTOS, André Felipe. *Holding familiar*. Artigo publicado e disponível em [www.tiburciorocha.com.br](http://www.tiburciorocha.com.br). Data de acesso em 20.11.2013, às 22:20.

**13** BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DOFC de 09.08.1943, p. 11937.

**14** BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, D.O.U. de 11.01.2002, p. 1.

**15** BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, D.O.U. de 09.02.2005, p. 1.

**16** BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília.

**17** FERNANDEZ, Hamilton D. Ramos. *Holding familiar*. Disponível em: <http://www.holdingfamiliar.blog.br/>. Data de acesso: 04.11.2013 às 21:17.

**18** MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58.

**19** OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19-20.

**20** BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DOU de 11.01.2002, p. 1. “Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.”

**21** MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

## Referências

BERGAMINI, Adolpho. *Constituição de empresa Holding Patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação*. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/50894572/Constituicao-de-Holding-Adolpho-Bergamini>. Acesso em 10.11.2013 às 19:00h.

BORGES, Antônio; MACEDO, João Carlos Monteiro de. *Sociedades gestoras de participações sociais – aspectos jurídicos, fiscais e contábilísticos*. 4. ed. Lisboa: Areas Editora, 112 p., 2008.

BRASIL. Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DOU de 16.12.1971, p. 1.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de abril de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DOU de 17.12.1976, p. 1.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DOFC de 09.08.1943, p. 11937.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DOU de 11.01.2002, p. 1.

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DOU de 09.02.2005, p. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. Direito de Empresa. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

FERNANDEZ, Hamilton D. Ramos. *Holding familiar*. Disponível em: <http://www.holdingfamiliar.blog.br/>, Data de acesso 04.11.2013 às 21:17/

MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19-20.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Ver. Atual. Conceito Editorial, 2008, Millennium, Florianópolis.

Portal do Empreendedor. Disponível em: <http://www.portaldoeempreendedor.gov.br/outras-naturezas-juridicas/sociedade-anonima>. Acesso em: 10 fev. 2014, às 11:20.

Portal do Empreendedor. Disponível em: <http://www.portaldoeempreendedor.gov.br/sociedades-empresarias-limitadas>. Acesso em: 10 fev. 2014, às 11:25.

SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. *Direito empresarial*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Elementos do Direito, v. 5).

ZANETTI, Robson. Holdings. Estratégia de negócios, proteção patrimonial e sucessão em empresa familiar. *Revista Jurídica ConsuLex*, ano XVI, n. 367, p. 48-50, maio 2012.



# O DEPOIMENTO SEM DANO COMO INSTRUMENTO DE HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA

**Wanderlei José dos Reis**

Mestre em Direito Constitucional

Doutor e pós-doutor em Direito

Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões e da 46ª Zona Eleitoral em Rondonópolis-MT

## Resumo

A implementação do depoimento especial por parte dos tribunais pátrios se mostra adequada e necessária, haja vista que tal técnica tem como objetivo primordial respeitar as limitações da vítima, observando, portanto, a sua condição de sujeito de direito, impedindo a sua revitimização, bem como punir de forma efetiva o autor do delito e evitar a condenação de pessoas inocentes

## I. Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988, estruturada dentro de um pensamento modernista, deixou de ser um diploma político para ser um pacto de cidadania, até de certo modo prolixo, preocupando-se com os direitos humanos em todas as suas dimensões.

Com efeito, a ordem constitucional atual veio consagrar os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, consoante refere o seu art. 227, que estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando o art. 227 da *lex fundamentalis* de 1988, mudou a ótica com que devem ser vislum-

bradas crianças e adolescentes. Estas, que eram vistas na doutrina da situação irregular, são hoje reconhecidas como sujeitos de direitos civis (art. 15, ECA).

Quando a criança ou adolescente é vítima de abuso sexual, nem sempre é possível extrair dela alguma informação em juízo, seja por vergonha ou por medo de represálias, tendo em vista que o abusador pode ser uma pessoa muito próxima da família ou até mesmo um familiar.

Neste sentido, o Poder Judiciário tem se mobilizado para adequar as suas instalações e capacitar os seus profissionais (magistrados e equipe multidisciplinar), com o intuito de transmitir segurança e acolhimento às vítimas de abuso sexual no momento do depoimento e para que o autor do delito seja efetivamente punido, preservando assim a paz e a ordem social. É o caso do depoimento sem dano, que tem como desiderato obter o depoimento de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual através de profissionais capacitados, em um ambiente acolhedor e confortável, respeitando, dessa forma, a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e seres humanos em desenvolvimento.

Portanto, o presente estudo, aliado à nossa experiência profissional à frente de uma vara de infância e juventude, visa fazer um breve ensaio sobre o depoimento de crianças e adolescentes que foram vítimas de violência sexual, apontar os principais benefícios da utilização da técnica do depoimento especial, elencar medidas que podem ser adotadas por magistrados atuantes em comarcas que não possuem equipe multidisciplinar ou interprofissional e apresentar soluções para o aprimoramento dos métodos utilizados atualmente no depoimento de crianças e adolescentes.



## II. Análise do tema

É cediço que não há um princípio da dignidade humana para as crianças e outro para os adultos, mas no caso das crianças e adolescentes é dever de todos velar pela sua dignidade, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18, ECA)<sup>1</sup>.

O abuso sexual é uma das formas mais cruéis de maus tratos infantis, porque, além de afetar fisicamente a criança ou o adolescente, destrói todo o sentimento de pureza e dignidade que ela possui. Poder-se-ia analisar o abuso sexual como espécie de maltrato físico, ou, ainda, como espécie de maltrato emocional. A verdade é que a agressão de natureza sexual tem consequências sérias no desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como os atinge tão completamente – física, psíquica e emocionalmente – que o seu estudo merece relevo<sup>2</sup>.

No vigente sistema inquisitório, os esforços costumam concentrar-se na investigação do crime e na punição do agressor, despreocupando-se com o sofrimento e as sequelas da vítima. A responsabilização do abusador se dá através de medida judicial, a qual procura impor-lhe uma perda, através de sanção penal, mostrando à sociedade a inconformidade do seu agir<sup>3</sup>.

Neste aspecto, a oitiva de crianças e adolescentes que foram vítimas dessa espécie de delito possui especificidades que recomendam um procedimento diferenciado.

De um lado, o depoimento reiterado possui o risco de se tornar um novo fator de sofrimento psicológico à vítima do crime – também chamado de *revitimização* –, em razão do constrangimento e do estresse que lhe são inerentes. Embora a manifestação da vítima seja de extrema relevância probatória, certo é que a criança/adolescente é, antes

e acima de tudo, sujeito de direitos. Agregue-se a esse cuidado o fato de que se trata de crimes extremamente graves, em relação aos quais a eficiência da justiça penal possui inestimável valor.

Usualmente, nesses crimes, a palavra da vítima é uma das fontes de prova mais relevantes, sendo necessário assegurar que as informações prestadas sejam fidedignas, sem o risco de que perguntas indutivas feitas pelo inquiridor comprometam a idoneidade da prova ou possibilitem situações de pressão sobre a criança ou o adolescente. Ademais, a metodologia de produção da prova em juízo é vinculada por princípios constitucionais relacionados ao contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, a tomada por um juiz de depoimento de uma criança ou adolescente vítima ou testemunha de abuso sexual não é tarefa fácil. Diferentemente de estar ouvindo um adulto, a oitiva da criança ou de um adolescente, especialmente vitimado pela violência sexual, exige do profissional, além do preparo técnico, preparo emocional, haja vista a necessidade de se entender o contexto sobre a violência sexual e as consequências que dela advêm. Tem-se que a maior compreensão em relação à dinâmica do abuso sexual sinaliza para a importância de uma escuta adequada da criança, de modo que o ciclo de abusos seja rompido.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão fiscalizador das atividades do Poder Judiciário pátrio (art. 103-B, CF), pensando nisso, editou a Recomendação 33, de 23 de no-

vembro de 2010, que dispõe sobre a criação, por parte dos tribunais, de um ambiente adequado para a escuta de crianças e adolescentes, a ser realizada por profissionais capacitados, de modo a lhes proporcionar segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

Contudo, é necessário que os profissionais da equipe multidisciplinar (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos etc.) e também o magistrado se abstenham de praticar certas condutas que podem prejudicar a oitiva da criança ou do adolescente: chamar a criança ou adolescente de “senhor” ou “senhora”; não permitir o “tempo” da criança, interrompendo-a ou apressando-a;

utilizar vocabulário que a criança não tem condições de compreender, ainda que tenha de estar contido na denúncia, por exemplo, “lascívia”, “concupiscência”, “libidinosos”, “genitália” etc.; mentir para a criança, declarando que o teor de seu depoimento não influenciará no resultado do processo, por exemplo; e creditar à criança algum comportamento que a culpabilize pelo abuso sofrido, como no caso de pronunciar frases do tipo: “Por que você não pediu ajuda? Por que você não contou para ninguém naquela época? Você costuma falar mentiras? Que roupa você estava usando naquele dia?”

De outro lado, as principais vantagens com a implantação das salas especiais para depoimento são as seguintes: as vítimas serão protegidas de intermináveis e repetitivos depoimentos perante diversas instituições

**NO VIGENTE SISTEMA INQUISITÓRIO, OS ESFORÇOS COSTUMAM CONCENTRAR-SE NA INVESTIGAÇÃO DO CRIME E NA PUNIÇÃO DO AGRESSOR, DESPREOCUPANDO-SE COM O SOFRIMENTO E AS SEQUELAS DA VÍTIMA**

públicas e privadas; serão reduzidas as sentenças absolutórias e a eventual impunidade, especialmente nos crimes contra a dignidade sexual, pois as vítimas sentir-se-ão encorajadas a falar a verdade; as vítimas serão tratadas com o devido respeito à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e poderão manifestar mais livremente sua vontade; e, por fim, a implantação do sistema reduzirá o tempo de tramitação dos inquéritos policiais e das ações cíveis e penais relativas à violação dos direitos infanto-juvenis<sup>4</sup>.

Outro ponto que merece destaque é com relação às comarcas onde este sistema ainda não foi implantado. Ainda que o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução 94, de 27 de outubro de 2009, estabeleça a existência de Coordenadorias da Infância e da Juventude no âmbito do Poder Judiciário, com atribuição, inclusive, para dar suporte aos magistrados, aos servidores e às equipes multidisciplinares, a realidade de muitos juizes no país é a de total isolamento na hora de decidir sobre temas tão delicados como este. Por questões orçamentárias, quando há equipe técnica, esta é raramente completa, e se o é, encontra-se assoberbada, além do que tais equipes multidisciplinares muitas vezes são vinculadas exclusivamente a determinados juízos (infância e juventude ou família), deixando os juízes das demais competências em situação embaraçosa.

Nesse contexto, uma primeira alternativa que se propõe é a de o juiz se valer da “rede” local, em busca de profissionais de serviço social e psicologia que possam especialmente auxiliá-lo na produção de pareceres técnicos e – até mesmo – no momento da colheita da prova.

Ademais, os Conselhos Tutelares, os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), a Secretaria de Saúde, a Secretaria de Educa-

ção, o Ministério Público, os Centros de Defesa da Criança e a Defensoria Pública devem estar preparados para acolher a criança-vítima, evitando que percorra uma via-crúcis desnecessária, seguindo um fluxograma que a conduza a repetir sua história o menor número de vezes possível, recebendo, de maneira coordenada, atenção profissional nos diferentes níveis a que faz jus.

O sistema de garantias de direitos pressupõe a existência de uma rede de atenção regionalizada, sob a responsabilidade primária dos municípios.

Da mesma forma, deve haver uma articulação entre os órgãos executivos de proteção à criança, sendo, também, oportuna a comunicação e a integração entre os diversos juízos perante os quais uma mesma situação de abuso/violência/exploração seja objeto de análise. Primeiro, porque viabiliza a uniformidade das decisões, especialmente aquelas que dizem respeito ao “destino” da criança-vítima: guarda a um dos genitores ou à família extensa, vedação de visitas, acolhimento institucional etc. Segundo, porque evita a malfadada revitimização, através da repetição, pela criança, das circunstâncias do abuso a um sem-número de profissionais. E, por fim, mas sem esgotamento das benesses, porque a própria criança poderia entender que existe desconhecimento a respeito das medidas que foram ou estão sendo adotadas por outros órgãos, o que poderia confundir a vítima e a levar a crer que teria que percorrer os corredores do fórum por um tempo indeterminado, gerando resistência e frustração – para dizer o mínimo.

Ainda, para o aprimoramento do sistema de depoimento especial, se faz mister: (i) constante qualificação dos magistrados e dos profissionais da equipe multidisciplinar para um melhor enfrentamento da questão;

(ii) monitoramento da criança ou adolescente e da família; (iii) realização de parcerias entre o Poder Judiciário e o município para a atuação dos CRAS, conselhos tutelares, entre outros órgãos municipais nas comarcas desprovidas deste sistema; e (iv) maior participação da família e da sociedade no sentido de denunciar casos de abuso sexual, evitando assim a impunidade e mantendo a higidez dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tal como estatuído no art. 227 do pergamino político de 1988.

### III. Considerações finais

A verificação de afronta à dignidade da pessoa humana – princípio disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal – legitima a atuação do Poder Judiciário nacional, já que os tribunais devem emprestar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível.

Sempre que uma criança ou adolescente for vítima de abuso sexual, qualquer que seja a sua forma, se para fins de satisfação de libido individual ou mesmo de redes organizadas para produção de material pornográfico, há, antes de tudo, uma ofensa aos seus direitos fundamentais de liberdade sexual e dignidade da pessoa humana. Além disso, há violação também de direitos derivados do desenvolvimento e da formação psíquica, da intimidade e da moral sexual social<sup>5</sup>.

Se, para o Poder Judiciário, é árdua a tarefa de tomar o depoimento de uma pessoa adulta em casos de violência sexual, no caso de crianças e adolescentes a complexidade é ainda maior, haja vista que estes ainda são seres humanos em desenvolvimento e, desta forma, são necessárias técnicas especiais para a realização da oitiva.

Assim, a implementação do depoimento especial por parte dos tribunais pátrios se mostra adequada e

necessária, haja vista que tal técnica tem como objetivo primordial respeitar as limitações da vítima, observando, portanto, a sua condição de sujeito de direito, impedindo a sua revitimização, bem como punir de forma efetiva o autor do delito e evitar a condenação de pessoas inocentes. ■

### Notas

1 FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

2 SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 106.

3 BALBINOTTI, Claudia. *A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso*. PUCRS, Porto Alegre, 19.06.08. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_1/claudia\\_balbinotti.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/claudia_balbinotti.pdf)>. Acesso em: 03.06.14.

4 SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro*. MPMG, Uberlândia/MG. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1055/1%20R%20MJ%20Implantacao%20-%20Jadir.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03.06.14.

5 CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. *O perfil do pedófilo: uma abordagem da realidade brasileira*. IBCCRIM, Revista nº 6. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_Liberdades\\_artigo/74-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_Liberdades_artigo/74-ARTIGO)>. Acesso em: 04.06.14.

### Referências

BALBINOTTI, Claudia. *A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso*. PUCRS, Porto Alegre, 19.06.08. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_1/claudia\\_balbinotti.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/claudia_balbinotti.pdf)>. Acesso em: 03.06.14.

CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. *O perfil do pedófilo: uma abordagem da realidade brasileira*. IBCCRIM, Revista nº 6. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_Liberdades\\_artigo/74-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_Liberdades_artigo/74-ARTIGO)>. Acesso em: 04.06.14.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 106.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro*. MPMG, Uberlândia/MG. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1055/1%20R%20MJ%20Implantacao%20-%20Jadir.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03.06.14.

# FRAUDE À EXECUÇÃO E O ELEMENTO SUBJETIVO NO CPC/2015

**Gelson Amaro de Souza**

Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP)

Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal

Professor doutor concursado para os cursos de direito na graduação e pós-graduação em sentido stricto da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Campus de Jacarezinho)

### Resumo

Neste rápido estudo pretende-se demonstrar que vem de longe o entendimento de que para a configuração da fraude de execução não é necessário analisar o elemento subjetivo das partes (vendedor e comprador), bastando, tão somente o negócio visto sob o ponto de vista objetivo. Procurou-se argumentar a necessidade de se levar em conta o elemento subjetivo (dolo) com a vontade livre e consciente do vendedor e do comprador, sem as quais não se pode falar em fraude à execução

### Introdução

O novo CPC/2015, como era de se esperar, trouxe muitos aperfeiçoamentos em pontos isolados do sistema. Contudo, em outros, ainda não atingiu o estágio que se espera. Exemplo disto pode ser encontrado no tratamento da responsabilidade patrimonial, em que, apesar de alguns poucos avanços, foi extremamente tímido ao tratar da fraude à execução. Em relação a esta houve um pequeno passo à frente, mas resta muito a fazer.

Preocupa o tratamento empírico que se tem dado aos casos de alegação de fraude à execução. Vem de longe o entendimento de que para a configuração da fraude à execução não é necessário analisar o elemento subjetivo das partes (vendedor e comprador), bastando tão somente o negócio visto sob o ponto de vista objetivo. Pior que isso é, ainda, a pregação de que a fraude à execução é de natureza objetiva e que, por isso, dispensa a análise do elemento subjetivo dos participantes do negócio jurídico. Sabendo-se que o direito é dinâmico e que está em cons-



tante evolução e com frequentes aprimoramentos, procurou-se, neste estudo, demonstrar a necessidade de se levar em conta o elemento subjetivo (dolo) com a vontade livre e consciente do vendedor e do comprador, sem as quais não se pode falar em fraude à execução.

A doutrina civilista desde há muito vem pregando que todo negócio jurídico deve ser realizado em presença de certos requisitos, que sem estes não terá validade. Entre estes requisitos, está a capacidade de contratar, que exige do agente a vontade livre, consciente e espontânea para contratar. Da mesma forma, para que se possa considerar que determinado ato tenha sido realizado em fraude (fraude geral), exige-se sempre a presença de dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de estar agindo com a intenção de dar prejuízo a outrem; para fraude à execução, a exigência deve ser a mesma.

Não existe fraude objetiva, visto que a subjetividade da fraude é elemento essencial para que esta se configure<sup>1</sup>. No caso de fraude à execução, como qualquer outra fraude, exige-se a presença e atuação de no mínimo duas pessoas, sendo que uma pessoa sozinha não pode fraudar com prejuízo a si mesma. Toda fraude exige pluralidade de pessoas, com vontades livres e conscientes de que estão agindo com aquela intenção e finalidade. Esta intenção e finalidade com o objetivo de fraudar e produzir prejuízo a outrem são os elementos configuradores do dolo, sem o qual não haverá fraude alguma. Não existe fraude objetiva nem fraude culposa, por isso é que se exige agente capaz, vontade livre e consciente.

## 1. Capacidade

Toda pessoa é capaz de direito, obrigações e deveres (CC/2002, art. 1º). Mas, nem todas as pes-

soas estão em condições de exercer certos atos em determinado momento, mesmo sendo capazes (CC/2002, art. 3º, III). A pessoa capaz pode, em certa situação ou em determinado momento, não estar em condições de exercer livremente as suas faculdades mentais. Nestas hipóteses a pessoa não poderá exercer livre e espontaneamente a sua vontade. Pode até, em determinada situação, manifestar a sua vontade, mas sem liberdade e espontaneidade, o que fragiliza a sua capacidade e afasta a imputabilidade de sua responsabilidade pelo ato. Assim o é, de maneira geral no mundo dos negócios, não podendo deixar de sê-lo nos casos de alegação de suposta fraude à execução.

Por esta razão, quem não tem capacidade, como os incapazes que de maneira geral, permanente ou momentaneamente não podem praticar fraude, por ausência de livre manifestação de vontade. O mesmo pode acontecer com o devedor que, por qualquer razão, em determinado momento, tem a sua capacidade diminuída e, por isso, deixa de agir livre e espontaneamente. Quando isto se dá, em que o devedor se vê obrigado a alienar algum bem, ou com sua resistência abalada, perde a sua espontaneidade, não resistindo às dificuldades ou perigos do momento, acaba por ceder e alienar bem ou direito, sendo que este ato não pode ser considerado em fraude à execução nem fraude contra credor, por falta de dolo. Por isso é que a pessoa em estado de incapacidade não pode cometer fraude. O mesmo se dá com o devedor que em determinado momento tem a sua capacidade abalada e a resistência diminuída, a ponto de não poder exercer a sua vontade de forma espontânea, também não pratica fraude à execução.

## 2. Elemento subjetivo

A doutrina e a jurisprudência, em sua remansosa manifestação, têm propalado que para a configuração da fraude de execução não se há de indagar sobre o elemento subjetivo do devedor. Isto é, não se cogita da análise do adquirente agir de boa ou de má-fé<sup>2</sup>.

As posições neste sentido são respeitáveis e a elas o autor filiou-se por muito tempo. Entretanto, faz algum tempo, começou-se a repensar a questão e a fazer-se uma releitura dos textos legais e uma reanálise do sistema jurídico e, com isso, passou-se a suspeitar da posição antes assumida<sup>3</sup>.

Como restou anotado acima, a figura da fraude, por si mesma, já implica a existência necessária (ainda que implícita) do elemento subjetivo. Inexiste fraude objetiva. O estudo da fraude qualquer que seja a sua modalidade sempre levará ao elemento subjetivo “intenção”, que corresponde à vontade livre e consciente de fraudar alguém ou alguma relação jurídica<sup>4</sup>.

Sem a figura da “intenção”, fio condutor maior da manifestação de vontade e que é o elemento propulsor da fraude, jamais se poderá falar em existência deste vício, seja de que modalidade for. Em demonstração de que o direito é dinâmico e está em constante evolução, em julgamento recente restou reconhecido que para que exista fraude à execução é necessária a presença da intenção do devedor<sup>5</sup>.

De outro lado, para se ter a fraude à execução é necessária a conjugação de duas figuras inseparáveis, sem as quais não se poderá pensar em fraude. Em primeiro lugar, deve-se levar em conta a figura da fraude que deve estar alicerçada na vontade livre, consciente e espontânea de fraudar. Em segundo lugar, a figura do dano, pois sem este não há prejuízo, e sem prejuízo na



há fraude. A fraude somente se caracteriza quando houver prejuízo.

**Amilcar de Castro** (1974), depois de dizer que para a caracterização da fraude de execução são necessários o dano e a fraude, e que sem a presença cumulativa desses dois elementos aquela não ocorrerá, traz à colação a lição sempre atual de Carnelutti, nestes termos:

“No incisivo dizer de Carnelutti, a lei quer proteger o credor contra a redução artificial, ou patológica do patrimônio do devedor; não contra os riscos naturais ou fisiológicos de sua insuficiência; em outros termos, a lei quer amarrar as mãos do devedor desonesto, não as do devedor de boa-fé; e, se dispusesse em contrário, prejudicaria a liberdade de movimentos e iniciativas necessárias à prosperidade dos negócios. Em tais condições, além do dano, deve ter havido fraude, que é o conhecimento ou previsão, do dano causado.”<sup>6</sup>

Nada mais correto do que este ensinamento de Carnelutti, muito bem observado por Amilcar de Castro, pois somente é possível falar-se em fraude se da atuação do agente resultar algum dano a outrem, porque o dano representa prejuízo, e sem prejuízo não se pode falar em fraude.

### 3. Dolo das partes

Não se pode pensar em fraude sem prejuízo e nem neste, sem dano. Pensar em fraude sem prejuízo é o mesmo que pensar em chuva sem água. O dano é o efeito que marca e demonstra a existência da fraude. Além do dano que se exige para a configuração da fraude, é necessário que este seja oriundo de atuação dolosa do agente. Sem o dolo e o dano não haverá fraude. Consiste o dolo no conhecimento dos efeitos danosos e na vontade da prática de ato ilícito. O conhecimento é pressuposto da vontade, sem ele não haverá vontade. A junção da vontade e o conhecimento,

acrescidos da intenção de praticar o ilícito, constituem o dolo. Em qualquer modalidade de fraude, deve estar presente o dolo, que se forma do conhecimento do ilícito, da vontade livre e consciente, da intenção e a finalidade de enganar, devendo preponderar este dolo em face do fim almejado pelo agente<sup>7</sup>.

O dolo teve origem no latim *dolus*, que representa a vontade de prejudicar alguém através da astúcia, engano, esperteza, ardis etc. Enfim, é a vontade acrescida do conhecimento e da intenção de praticar o ato ilícito.

A lei penal, no art. 179 do CP, tipifica a fraude à execução como crime doloso, visto que inexiste modalidade culposa, em caso de fraude. Todavia, a sua consumação precisa do concurso de pessoas (comprador e vendedor), bem como o conhecimento e a intenção de praticar o delito. Não há fraude à execução sem o dolo. O agente prevê e quer o resultado ilícito. Age com a intenção de provocar um evento danoso ou resultado contrário ao direito.

A ausência de dolo afasta a tipificação do crime de fraude à execução. Se assim o é, para a esfera penal, também deve ser na órbita civil. Só poderá haver a fraude à execução se houver o concurso de vontades entre alienante e adquirente<sup>8</sup>. Não agindo o executado alienante e o terceiro adquirente em conluio e com a intenção de prejudicar o exequente, não se pode falar em fraude à execução. Para que se dê a fraude à execução não basta a simples vontade e a intenção do alienante em fraudar o credor. Há necessidade da vontade e da intenção também do adquirente. Somente poderá haver fraude à execução se houver o concurso de vontades e intenções entre o executado e o terceiro adquirente. Sem esta junção de vontades e intenções de

prejudicar o credor, não haverá fraude à execução<sup>9</sup>.

### 4. Vontade livre e consciente do executado

O agente da fraude age deliberadamente com a vontade de fraudar e a vítima ou copartícipe atua, quando não, com a vontade de aderir à fraude; pelo menos, agirá induzida em erro por dolo ou culpa e, com isso, terá a sua vontade viciada. Para que o agente ao alienar ou onerar o seu pratique fraude à execução, necessário se faz que já se saiba devedor e, ainda que também saiba que, com aquela alienação ou oneração, ele estará frustrando a execução e causando dano (prejuízo) ao credor. Deve saber no momento da venda que ele é devedor, por que, não sendo assim a alienação é feita antes dele se tornar devedor. Por esta razão é que se afirma que o negócio jurídico não pode ficar sob condição a futura e incerta condenação que esteja em andamento. A certeza de que existe a dívida e de quem é a responsabilidade pelo pagamento somente se fixa após o julgamento condenatório. Antes disso não se pode falar em fraude praticada pelo vendedor, porque ele ainda sabe de dívida alguma, pois desconhece o futuro, não sabendo nem mesmo se vai ser condenado a pagar algum valor.

Na fraude, sempre há de predominar os elementos subjetivos que é o conhecimento, vontade livre e espontânea, somadas à intenção de fraudar<sup>10</sup>. Sem a presença de um desses elementos, não haverá fraude.

Somente poderá ser autor da fraude aquele que estiver em pleno exercício de suas faculdades mentais. O incapaz, por exemplo, não pode ser agente de fraude. Além da capacidade, deve ainda o agente estar no exercício amplo de sua liberdade de manifestação da von-

tade. Essa vontade não pode estar viciada pela forte emoção nem por dolo, erro ou coação.

#### 4.1 Vontade maculada

Quando se diz que para haver fraude à execução ou fraude contra credor é necessária a vontade livre e consciente dos agentes (vendedor e comprador), deve ser entendida como vontade com manifestação espontânea, sem qualquer tipo de turbacão da vontade do agente.

Mesmo aquele que estiver em pleno gozo de suas faculdades mentais e que, em regra, está em condições de manifestar a sua vontade, pode excepcionalmente, em determinadas situações, ficar impedido da sua livre manifestação de vontade.

É o que ocorre nos casos de ameaça, coação, estado de necessidade, ansiedade, medo etc.

São casos em que a vontade do alienante acaba viciada pelo desespero em que se encontra e essa vontade não pode ser manifestada livremente e, por isso, impossível de configurar alguma modalidade de fraude, sendo que esta sempre exige o elemento subjetivo, que é o dolo fruto da livre e espontânea manifestação da vontade.

Ainda, existem situações em que mesmo não se caracterizando como ameaça ou coação física, mesmo assim, pode haver coação moral ou psicológica, criando ansiedade, incômodos, medo ou desespero, que não permitem que o agente exercite a sua vontade com a necessária espontaneidade.

O devedor, diante de forte coação física ou psicológica ou até mesmo de estado de necessidade, poderá ser tomado por grave

crise de ansiedade e desespero, o que o leva a dispor de seus bens para salvar familiares em risco de vida por questão de saúde ou até mesmo em caso de familiares vítimas de sequestro, em que se tem de alienar bens para somar numerais para liberação de reféns ou pagamento de tratamento médico urgente.

Nesses casos, não se pode exigir do alienante que o faça reservando bens para pagamento de dívida

que se encontra sob condição suspensiva e depende de decisão futura e incerta quanto ao resultado, e que somente a eventual condenação é quem vai dar a certeza da existência ou inexistência da obrigação pela dívida.

Não se pode reconhecer como fraude

de execução todas e quaisquer alienações, simplesmente porque não teria o alienante outros bens para garantir o pagamento de eventual condenação em demanda pendente, sem antes perquirir o seu estado emocional no ato da venda e da compra.

Imagine-se um caso real<sup>11</sup> em que um cidadão estava sendo demandado e tinha patrimônio maior do que a eventual dívida discutida em demanda pendente sobre relação locatícia da qual ele era simples fiador. Em viagem de férias de fim de ano, tragicamente envolveu-se em acidente de automóveis em que sofreu ferimentos juntamente com vários familiares e alguns deles com ferimentos graves.

Para internação com tratamento hospitalar e as cirurgias urgentes, viu-se obrigado a garantir o hospital com depósito em cheque e, por não possuir fundos suficientes, viu-se obrigado a vender a

quase totalidade de seus bens, com o pensamento voltado em socorrer os familiares acidentados. A vontade não era cometer fraude alguma, uma vez que disto nem seria capaz de pensar naquele instante. A vontade (elemento subjetivo) naquele momento era buscar socorro para os familiares. O pensamento estava voltado para a prática do bem e não para a prática de qualquer fraude, que sabidamente é um grande mal.

Nesse caso, o alienante acabou sendo vitorioso na demanda referente à ação de cobrança de aluguel e não foi condenado a pagamento algum. Todavia, é de se imaginar o contrário, caso fosse ele condenado a responder pela dívida do inquilino. Teria ele alienado ou não em fraude de execução? Parece que o bom senso, neste caso, está a indicar que não. Não se vislumbra nesta hipótese a presença de qualquer elemento subjetivo em nenhuma das suas figuras tradicionais a justificar o entendimento por fraude de execução.

Além de inexistir qualquer elemento subjetivo no sentido de fraudar eventual pagamento em que resultasse a demanda, pelo contrário, existia um ânimo de socorrer os familiares acidentados (estado de necessidade), e até mesmo os adquirentes poderiam (hipótese) ter aderido à compra mais com o espírito de solidariedade (para colaborar com o socorro da família) em razão da premente necessidade da venda pelo alienante, que naquele momento somente pensava em socorrer à família.

Este e outros fatos implicam necessidade da venda para socorro ou até mesmo para salvar vidas, ocasião em que o alienante não pode nem sequer pensar em fraude de execução, nem sobre eventual condenação futura em demanda de natureza condenatória, cujo even-

**SOMENTE PODERÁ  
SER AUTOR DA  
FRAUDE AQUELE  
QUE ESTIVER  
EM PLENO  
EXERCÍCIO DE  
SUAS FACULDADES  
MENTAIS**

tual direito do credor está ainda sob o manto da condição suspensiva (CC/2002, art. 125)<sup>12</sup>.

Essas circunstâncias demonstram que a vetusta teoria objetiva da fraude de execução se apresenta superada, reclamando da doutrina moderna um reposicionamento mais consentâneo com o direito humanitário dos dias contemporâneos.

Se o direito de crédito ainda está sujeito a condição suspensiva, em verdade esse crédito depende de julgamento e ainda é mera expectativa de crédito<sup>13</sup>. Sendo mera expectativa de crédito, ainda não é crédito e, por isso, inexistente obrigação certa de pagar, não podendo, como é óbvio, servir de obstáculo à livre disposição do bem pelo demandado e virtualmente devedor.

Imagine-se, neste exemplo dado acima, caso o alienante não tivesse vendido seus bens nem socorrido a família e alguns de seus familiares houvessem falecidos por falta de assistência médica, o que se haveria de pensar hoje?

Qual seria a lógica e o bom senso? Esperar o desfecho da ação que somente veio anos depois? Ou, vender os bens para socorrer as vítimas do acidente? A resposta, ao que se pensa, não poderia ser outra além daquela que indicasse como comportamento lícito e necessário para o momento a alienação dos bens para salvar a família. Em sendo lícito o comportamento, logo, estará afastada a ideia de fraude, porque esta sempre implica procedimento ilícito. O ato há de ser lícito ou ilícito no momento em que é praticado, não podendo a sua ilicitude ou licitude ficar aguardando desfecho de processo cujo resultado não se sabe qual será.

Na esfera penal até mesmo para os delitos da mais alta gravidade (ex: homicídio) tem se afastado a incidência delitativa nos casos em

que o agente age amparado pelo estado de necessidade, sob o amparo de discriminante penal ou exclusão da ilicitude do artigo 23, I, e 24, do Código penal.

No direito penal a análise do estado de necessidade é da mais alta relevância. Nesse ramo do direito antes de quaisquer incriminações, põe-se em relevo a atuação do agente, se este agiu ou não em estado de necessidade. Se assim é, até em relação aos crimes gravíssimos, como não haveria de ser em relação ao devedor que em estado de necessidade simplesmente aliena o seu bem para suprir as suas necessidades momentâneas e evitar risco de morte?

Na esfera penal, já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que, ao agente com dificuldades financeiras e que por isso promove a alienação do bem sem o consentimento do credor, não se configura delito de defraudação de penhor, como se vê a seguir:

“Penal – Defraudação de penhor. Dolo. 1. Não se tipifica o delito de defraudação de garantia pignoratícia se o devedor, premido por dificuldades financeiras promove a alienação do bem sem o consentimento do credor (...).”<sup>14</sup>

Foi reconhecido que as dificuldades financeiras equiparam ao estado de necessidade, afastando o ilícito de defraudação do penhor, situação em que em muito se assemelha à fraude à execução, que da mesma forma, deve ser excluída quando o devedor, em caso de extrema necessidade por dificuldades financeiras, se vê obrigado a dispor de seus bens para proteger a si ou à sua família.

## 5. Vontade livre e consciente do adquirente

Não se podendo analisar a fraude de execução sem perquirir o elemento subjetivo do alienante, como restou anotado acima, com

maior razão não se pode desprezar este dado em relação aos adquirentes que, na maioria dos casos, são enganados e, por isso, são vítimas sem saber, e às vezes até mesmo sem terem como saber, de estarem diante de fraude de execução. Imagine-se o caso acima mencionado em que o alienante fizesse a venda dos bens ao próprio hospital como dação em pagamento, e depois viesse o alienante sair vencido na ação de cobrança de aluguéis. Teria sido a alienação em fraude?

Ao que se pensa, é incogitável a fraude de execução nesta hipótese, não só por faltar o elemento subjetivo (vontade de fraudar) do alienante, mas também por faltar esta mesma vontade de fraudar por parte do adquirente. A seguir o raciocínio acima, da mesma forma, aquele terceiro adquirente, que o fez, até motivado pelo ânimo de socorro aos acidentados, jamais poderá ser acoimado de copartícipe em fraude de execução.

Atribuir-se à fraude à execução, como até agora se tem feito, valor meramente objetivo é criar flagrante injustiça, provocar insegurança jurídica e dificultar as relações sociais, além de contrariar os mais elementares princípios de direito público, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como a dignidade da pessoa humana.

### 5.1 Concurso de vontades

Toda e qualquer modalidade de fraude, além de exigir a vontade livre e consciente do agente fraudador, exige também a participação de pelos menos mais uma pessoa, em virtude do necessário concurso de vontades<sup>15</sup>. Na esfera penal a questão é tratada como concurso necessário de agente ou concurso de pessoas, no sentido de que, se não houver a atuação de pelos menos dois agentes ou duas pessoas,

imbuídos do mesmo fim, não haverá o crime de fraude à execução<sup>16</sup>.

Na órbita cível o tratamento a ser dado não pode ser outro. Para a configuração da fraude à execução no âmbito cível, também é necessário o concurso de agentes (duas ou mais pessoas) e, ainda, o concurso de vontades, no sentido de que devedor (vendedor) e o terceiro (adquirente), estejam alimentando os mesmos propósitos de praticar a fraude à execução e, como isso, prejudicar o credor. Sem o concurso de agentes e sem o concurso de vontades, não se pode imaginar a ocorrência de fraude à execução. Para a configuração da fraude à execução, não basta a simples vontade do devedor, exige-se também a vontade com dolo específico do vendedor e do comprador em dar prejuízo ao credor. A fraude à execução somente pode existir se houver conluio entre devedor e comprador em concurso de pessoas e de vontades<sup>17</sup>.

### 5.2 Vontade do adquirente

Além da necessária investigação sobre o ânimo do devedor (alienante) de fraudar à execução, ainda há de se analisar a participação do terceiro adquirente, para saber se ele comungava com os mesmos propósitos do vendedor que era o de fraudar a execução de forma livre e consciente e, com isso, causar prejuízo ao credor. Não basta só a vontade do devedor em fraudar a execução, e com isso, dar prejuízo ao credor; é necessária também a vontade de fraudar pelo adquirente com o mesmo propósito de causar dano ao credor<sup>18</sup>.

Necessário se faz verificar se o adquirente no momento em que foi realizado o negócio tinha conhecimento da fraude de execução<sup>19</sup> ou, pelo menos, tinha condições de saber, pelas informações, dados e notícias correntes, colocados ao al-

cance da pessoa comum, mormente àquelas mais simples e modestas do povo.

Fora isso, não se pode falar em fraude de execução<sup>20</sup>. Não ocorrendo a conjugação de vontades entre devedor e terceiro adquirente, não haverá fraude e o negócio realizado é plenamente eficaz, porque realizado de boa-fé<sup>21</sup>.

Para se saber se o terceiro adquirente tinha vontade de fraudar a execução em conluio com o devedor, é necessário antes saber se ele tinha conhecimento da execução e da insolvência do devedor. Sem o conhecimento da existência da execução e da precária situação financeira do vendedor (devedor) não se pode cogitar de fraude à execução nem de participação de má-fé do terceiro adquirente<sup>22</sup>.

Além da prova do conhecimento da demanda pendente e da insolvência do devedor-alienante, necessária, ainda, a prova do elemento psicológico consistente na vontade (dolo) de fraudar a execução por parte, tanto do alienante, como do adquirente, para caracterizar o *consilium fraudis*<sup>23</sup>.

Hoje mais do que a simples exigência do elemento subjetivo, que é a intenção (vontade livre e manifesta) do alienante, exige-se prova segura a cargo do credor que alega tal fato. Não basta o credor alegar fraude, há necessidade de prová-la.

### 5.3 Má-fé do devedor alienante e do terceiro adquirente

Para a configuração da fraude de execução, necessária se faz, a presença da má-fé tanto do devedor que vende ou onera a coisa como do terceiro adquirente. Não basta a má-fé apenas do vendedor para fugir ao pagamento da dívida, necessário que a esta má-fé do vendedor se agregue a também má-fé do adquirente. O elemento subjetivo

tanto de um, como de outro, deve ser exaustivamente pesquisado, pois não existe fraude sem o ânimo de fraudar. É este ânimo de fraudar que vai constituir a má-fé dos agentes: vendedor e comprador.

O entendimento mais atualizado é o de que, para a configuração da fraude à execução, é necessário que se demonstre que o adquirente tinha conhecimento da ação no momento da aquisição e que o bem a ser adquirido já estava comprometido com a execução, quando se tratar de alienação de bem com penhora<sup>24</sup>.

Ora, se assim é, e se se exige que o adquirente tenha conhecimento da ação corrente contra o vendedor e, ainda, de seu estado de insolvência, está caracterizada a exigência do elemento subjetivo que é a vontade do adquirente em coadjuvar o devedor-alienante com o fim de prejudicar o credor. Sem este elemento subjetivo, que é a vontade livre e consciente em agir para prejudicar o credor, não se pode ter por configurada a fraude à execução e nem contra o credor. Sem que o adquirente também tenha agido de má-fé, não se pode afirmar que ele agiu em fraude à execução em conluio com o devedor.

Como a boa-fé é sempre presumida<sup>25</sup>, para se chegar à fraude à execução é necessária a comprovação da má-fé tanto do devedor-alienante como terceiro adquirente. Por isso, neste sentido é que se tem julgado, pela descaracterização da fraude quando não se comprovar a atuação de má-fé do vendedor e também do adquirente<sup>26</sup>.

## Conclusões

Diante desse quadro acima traçado, é possível extrair algumas conclusões:

1. O novo CPC/2015 não deu maior atenção ao elemento subjetivo, nada se referindo a respeito,



tanto no que se diz respeito ao devedor como em relação ao terceiro adquirente. Determinou-se apenas que, antes da declaração da fraude à execução, seja intimado o terceiro adquirente para apresentar embargos de terceiro (CPC/2015, art. 792, § 4º), sem dizer qual ou quais matérias que ele pode alegar como defesa, se entre elas estão ou não as de razões subjetivas.

2. Todavia, essa omissão do legislador processual não é capaz de afastar as defesas fundamentadas em matérias de cunho subjetivo, que tanto podem ser alegadas pelo devedor alienante como pelo terceiro adquirente.

3. Qualquer fato ou causa que possa influenciar no elemento subjetivo tanto do devedor como do terceiro adquirente, a ponto de poder abalar o estado psíquico emocional, impedindo ou dificultando o exercício da manifestação de vontade de forma livre, consciente e espontânea, é o bastante para afastar o dolo do agente e descaracterizar a fraude.

4. O dolo é elemento essencial para a tipificação da fraude à execução na esfera penal, e assim também o é na órbita cível. Faltando o dolo na área penal, não há tipificação da fraude, o mesmo se dá no campo cível, em que a sentença penal produz seus efeitos, seja o efeito condenatório ou o absolutório, tanto pela tipificação ou pela falta de tipicidade da conduta (art. 91, I, do CP e art. 63 do CPP).

5. A fraude à execução de que trata o Código Penal (art.179) é a mesma de que trata o art. 792 do CPC/2015, não podendo dar tratamento diferenciado a uma e a outra. Seria de extrema incoerência a absolvição por falta de dolo na via penal e declaração de fraude mesmo sem dolo na esfera cível. Essa contradição é que não se pode admitir. Para evitar que isso ocor-

ra, a lei considera o processo penal como prejudicial externa do procedimento cível de fraude à execução, devendo, por isso, a ação cível ser suspensa até que a ação penal seja julgada (CPC/2015, art. 313, V, “a” e “b”).

6. Não sendo o negócio jurídico capaz de tipificar o crime de fraude à execução na via penal, também não poderá haver configuração de fraude à execução da esfera cível, porque não existem duas modalidades de fraude à execução. Aliás, uma já é demais, porque figura exclusivamente brasileira, não se conhecendo similar em nenhuma outra legislação.

7. Desta forma, ocorrendo prescrição criminal do crime de fraude à execução, o que implica a impossibilidade de propositura da ação penal, se ainda não proposta ou na extinção da ação penal que eventualmente esteja em andamento, também ocorre a prescrição na esfera cível, pois a ação penal é prejudicial da ação cível (CPC/2015, art. 313, V, “a” e “b”).

8. Não seria lícito falar-se que, em se tratando de fraude à execução, inexistente prescrição, pelo menos por duas razões muito óbvias: a) Por primeiro, porque até mesmo para a fraude contra credor (irmã gêmea) da fraude à execução, existe previsão de prescrição na esfera cível (art. 178 do Código Civil); b) Por segundo, porque nenhuma situação jurídica poderá se perpetuar no tempo a ponto de criar uma eterna insegurança jurídica. Aliás, a finalidade da prescrição é exatamente a de pôr fim à insegurança jurídica.

9. É de se lembrar que em todo negócio jurídico deve ser observada a boa-fé das partes, e isto não pode ser diferente em relação ao negócio jurídico acoimado de fraude, porque não pode existir fraude sem a má-fé do fraudador. Por isso

é que hoje existe a Súmula 375 do STJ, impondo observância e estabelecendo a preponderância da boa-fé nas questões em que se alega fraude à execução.

10. Por fim, não se pode proclamar a ocorrência de fraude à execução sem antes averiguar o ânimo das partes para determinar-se o verdadeiro ânimo dos agentes. Sem o ânimo (dolo) representado pelas vontades livre, consciente e espontânea dos agentes (devedor e comprador), não se pode declarar a fraude à execução. ■

## Notas

1 Confira nosso: *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

2 RF. 267/249 e RT. 514/232.

3 Salvo engano, fomos o primeiro a sustentar a necessidade de se analisar o elemento subjetivo do agente para apurar se houve ou não fraude à execução. Confira nosso: *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

4 “É absurdo pensar-se em fraude desprezando-se por completo o ânimo, o elemento subjetivo” TRT-15ª R. –DEJT. P. 959. Agravo de Petição 0010896-16.2013.5.15.0031. j. 03.06.2015, 5ª Câmara. DJSP, disponibilizado em 02.06.2015, p. 03.06.2015. Edição, 1739.

5 “Pode o executado vender o seu imóvel residencial e comprar outro em lugar diverso, sem a intenção de fraude que, conforme bem ressaltado pelo juiz *a quo*, deve ser demonstrada e não presumida (...)” TRF. 4ª Região. AI 1999.04.01.088953-6 – RS. 2ª T. Relatora Tânia Scobar. DJU 09.08.2000, pág. 146 e Revista de Estudos Tributários 17, pág. 105, Porto Alegre: Síntese, janeiro/fevereiro 2001.

6 CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao CPC*. São Paulo: RT, 1974, v. VIII, p. 81.

7 “Não se quer dizer com isso que o encerramento da sociedade jamais será causa de desconsideração de sua personalidade, mas que somente o será quando sua dissolução ou inatividade irregulares *tenham o fim de fraudar a lei [...]*” STJ – ED em REsp 1.306.553/SC, 2ª Seção, j. 10.12.2014. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. RMDPCP, v. 64, p. 16, jan./fev., 2015.

8 “Para a configuração da fraude à execução e consequente declaração de ineficácia do negócio de compra e venda, não basta a mera existência de demanda (ação cognitiva ou execução) contra o vendedor-executado, capaz de reduzi-lo à insolvência. É mister, também, prova de que o adquirente detinha conhecimento de demanda dirigida contra o alienante, quer por constar qualquer registro da existência da ação no cartório imobiliário, quer por qualquer outro meio que induza a tal conclusão. Exegese do art. 593, II, do CPC em harmonia com o princípio

da boa-fé” TJMG. Ap. 1.0433.01.020951-1/001. Jurisprudência Mineira, v. 170, p. 73 de outubro a dezembro, 2004.

9 “3. Inarredável a conclusão de que não estão configurados os requisitos objetivo e subjetivo à decretação da fraude à execução, pelo que a penhora do imóvel licitamente adquirido pelos terceiros-embargantes afronta diretamente os incisos XXII e XXXVI do art. 5º da Constituição. Embargos não conhecidos” (TST E-RR 1795/2001-110-03-00-1-3ª R. SBDI-1 – Rel. Juíza Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 1.09.02.2007). RIOB-Tr. V. 216, p. 149, junho de 2007.

10 “Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos em que a pessoa jurídica tenha sido *mero instrumento para fins fraudulentos* por aqueles que idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnaram seus sócios ou administradores” STJ – ED em REsp 1.306.553/SC, 2ª Seção, j. 10.12.2014. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. RMDPC, v. 64, p. 16, de jan./fev., 2015. Esse julgado se refere à desconsideração da personalidade jurídica, mas tem plena aplicação para o caso de fraude à execução, porque ambas as situações tratam-se de fraude e exigem o dolo que é a finalidade de fraudar.

11 Trata-se de uma ação de cobrança de danos causados ao imóvel depois de desocupado pelo inquilino afiançado, proposta contra o fiador e que tramitou pela terceira vara cível da Comarca de Presidente Prudente-SP, sendo ao final julgada improcedente. (Ação que tramitou nos anos noventa do século passado. Informações tiradas diretamente dos autos, naquela ocasião).

12 Código Civil de 2002: “Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”. Veja que o credor não tem direito em buscar a coisa e nem em alegar fraude antes da decisão a seu favor. Até aí, não há fraude. Esse direito somente surgiria com o julgamento a seu favor, quando então se perfaz a condição. Mas, ocorre, que a natureza da fraude, não permite que ela permaneça sob condição, porque, a fraude há de ser integrante do ato e, se assim é, surge junto com o negócio e não pode ficar aguardando outro acontecimento para voltar-se atrás e introduzi-la no negócio antes realizado sem vício. Isto é fruto da vetusta doutrina pensava em fraude objetiva, o que no atual estágio do direito não se pode admitir.

13 Nesse sentido já decidiu o 2º TACSP. Ap. 368.810-00/8, j. 23.11.93. JTACSP-lex. 148/201 em que a expectativa de crédito foi posta em relevância (p. 203).

14 Superior Tribunal de Justiça. Resp. 143.243. j. 15.09.98. RSTJ 117/548.

15 “Fraude à execução – Inocorrência – Suposto ato de *consilium fraudis* anterior à vigência da LC 118/2005 – Alienação de imóvel realizada antes da citação do devedor e após a inscrição em dívida ativa – Aplicação do princípio *tempus regit actum* – Hipótese do art. 185 do CTN, na sua redação original, sendo a presunção de fraude, de índole subjetiva – Inteligência da Súmula 375 do STJ.” TRF 5ª R. AgIn 103.309/

PE – 2ª T. j. 23.03.2010, vu. Rel. Des. Francisco Wildo – Dje 30.03.2010. RT, v. 898, p. 394, agosto, 2010.

16 “Fraude à execução – Inexistência de *consilium fraudis* e da prévia inscrição da penhora – Lei 8.953/94 – Art. 659 do Código de Processo Civil – Súmula 375 do STJ.” TJMG-AI. 1.0024.02.741435-8/001. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes. JM, v. 190, p. 273, julho/setembro, 2009.

17 3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança e, ainda, que a alienação tida por fraudulenta teve o condão de reduzir o devedor à insolvência, consoante também tem exigido a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte. Precedentes. 4. Recurso especial não provido, STJ-REsp. 1082910-MG. 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 02.04.2009. RJ. V. 378, p. 167, abril, 2009.

18 “Em suma: não só a fraude contra credores, mas também a fraude de execução, ambas só se configuram com o concurso dos elementos objetivos (*eventus damni*) e subjetivo (*consilium fraudis*).” Ap. 10.908, TJRJ. Julgado em 25.3.80, RJTERJ 47/198 e MIRANDA, Darcy Arruda. CPC nos Tribunais, p. 3.010.

19 “13/51 ‘Não estando evidenciado que a parte tinha conhecimento da existência de qualquer pendência sobre o imóvel, descabe cogitar da fraude, sendo válida e eficaz a alienação, bem como insubsistente a penhora1’.” TJMG, ap. 2.000.00.495548-0/000; 10ª C. rel. Des. Pereira da Silva; DJMG 26.06.2006. RMDPC, v. 13, p. 149, de julho/agosto, 2008.

20 “Fraude de execução a que se refere o CPC, art. 593, I, não se contenta apenas com a existência de ação real pendente sobre o bem alienado. É preciso também, o elemento subjetivo – conhecimento da ação pelo adquirente – que se presume no caso de inscrição da causa no registro público. Não registrada a ação (...), a fraude de execução somente poderá ficar caracterizada se demonstrado o conhecimento daquele fato pelo adquirente.” STJ – Resp 193.048-DJU 15.3.99, p. 257.

21 “Não é ineficaz a alienação feita a terceiro que, de boa-fé, adquire bem de um sucessor do devedor, embora contra este corresse ação de cobrança capaz de reduzi-lo à insolvência, se dela o comprador não tinha conhecimento”. STJ – Resp 185.813, Adv-Coad, n. 31, ano 19 (1999), p. 494.

22 “28689 – Embargos de Terceiro – Fraude à Execução – Ausência de Comprovação de Que o Adquirente Tinha Ciência da Demanda – Para ser declarada a fraude à execução fiscal, é necessária a prova do ato de alienação ou oneração do bem, da insolvência do devedor e, ainda, de que o terceiro adquirente tinha ciência de que contra o alienante havia demanda judicial em curso. Precedentes do STJ.” TRF 4ª R. REO 2005.70.03.002188-1-2ª T. rel. Eloy Bernest Justo – DJ. 02.07.2008. RJ. v. 369, p. 169.

23 “Fraude à execução – Alienação posterior à citação do executado, mas anterior ao registro da penhora – Necessidade de comprovação do *Consilium fraudis*.” STJ. REsp. 913.760-RS (2006/0281414-4). Rel. Min. Eliana Calmon. j. 18.09.2008; Dje 21.10.2008. RDDP, v. 71, p. 193, fevereiro, 2009.

24 STJ. REsp 245.064. julgado em 15.06.2000. DJU 04.09.2000 e Bol. IOB RJ 19/404(2000), REsp 140.670. DJU 09.12.1997. No mesmo sentido REsp 2.597, 3.259, 55.491, 76.063 e 92.507, Ementário do STJ 27/142. TJRS Ap 599.084.233, AJURIS 78/456; STJ. REsp 106.887, ADV COAD 37/590(2000).

25 “Sem o registro o que há é a presunção de boa-fé do terceiro que deverá ser elidida pelo credor, para fim de lograr o reconhecimento da fraude à execução e, por conseguinte, a decretação de ineficácia do ato de alienação.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude de execução* (i). RSDCPC, v. 05, p. 155. Porto Alegre-RS: Síntese, maio/junho, 2000.

26 “Salvo comprovada má-fé do adquirente, a escritura pública de compra e venda, aliada à entrega da coisa, ainda que não registrada, dá oportunidade a embargos de terceiro e descaracteriza a fraude à execução.” TAMG. Ap. 283.036-0. J. 10.11.1999. Revista de Julgados do TAMG, vol. 76/77, p. 214. Ainda: no mesmo sentido: “Agravo de Petição. Embargos de terceiro. Adquirente de boa-fé. Ausência de *animus malus*. Fraude à execução não configurada.” TRT-15ª R. – DEJT. P. 959. Agravo de Petição n. 0010896-16.2013.5.15.0031. j. 03.06.2015, 5ª Câmara. DJSP, disponibilizado em 02.06.2015, p. 03.06.2015. Edição, 1739.

## Referências

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. VIII.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: RT, 1993.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, DF: Brasília, 1996.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Deitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BATISTA Nilo. Estelionato judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 5, 1977.

BAYEUX FILHO, José Luiz. *Fraude contra credores e fraude de execução*. REPRO, 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1991.

BETTI, Emilio. *Teoria do negócio jurídico*, tomo II, Coimbra Editora, tradução de Fernando de Miranda, Lisboa-Portugal, 1969.

CAHALI, Youssef Said. *Fraude contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DELGADO, José A. Princípios processuais constitucionais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, março de 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ERPEN, Décio Antônio. A fraude à execução e nova lei das escrituras públicas. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, julho de 1987.

\_\_\_\_\_. Registro da penhora e eficácia frente a terceiros. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 27, março de 1998.

\_\_\_\_\_. A fraude à execução e publicidade registral. *AJURIS*, Porto Alegre – RS, v. 28, julho de 1983.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à execução e direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*. São Paulo: Editora-MP, 2007.

\_\_\_\_\_. *Responsável tributário e a sujeição passiva na execução fiscal*. In: Doutrinas Essenciais – Direito Tributário. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva e BRITO, Edvaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Fraude à execução e o *consilium fraudis*. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 75, p. 41-54. São Paulo: Dialética, junho, 2009. ISSN 1678-3778.

\_\_\_\_\_. Penhora e averbação – Inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 659 do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 28, p. 69-79, jan./fev., 2009.

\_\_\_\_\_. Fraude à execução e a natureza do direito protegido. *Revista IOB – Direito Civil e Processual Civil*, v. 39, p. 80-88. Porto Alegre-RS: IOB, janeiro/fevereiro, 2006.

\_\_\_\_\_. Fraude à execução sob nova visão. *RNDJ*, v. 51 p. 11-22. Ribeirão Preto: 2004.

\_\_\_\_\_. Teoria da aparência e a fraude à execução. *REpro*, v. 112, p. 268-277. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 2003.

\_\_\_\_\_. Fraude de execução e o devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, v. 766. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1999.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios de sociedade dissolvida irregularmente. *Boletim da PGE/SP*, v. 5(14). São Paulo, julho de 1981.

\_\_\_\_\_. Obrigação tributária – Sucessão – Interpretação do art. 133 do CTN. *Boletim PGE/SP* n. 10, São Paulo, junho 1986.

\_\_\_\_\_. Responsável tributário e a sujeição passiva na execução fiscal. *REpro*, v. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude de execução. *RSDCPC*, v. 5, p. 155. Porto Alegre-RS: Síntese, maio/junho, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *REPRO*, v. 63, p. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/agosto de 1991.

WELTER, Belmiro Pedro. *Fraude de execução*. Porto Alegre-RS: Síntese, 1997.

# PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, KANT E O UTILITARISMO

**Iverson Kech Ferreira**

Advogado criminalista atuante no Estado do Paraná

Mestrando em Direito Uninter, pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal

Professor de Direito Penal, Criminologia e Prática Jurídica Penal

## Excertos

*“A fundamentação de que a liberdade não é presente divino aos seres humanos, mas sim que estes são merecedores dela pela racionalidade que é atributo do ser, meritório de dignidade e respeito”*

*“Para Kant, o agir moral requer que se enxergue acima de tudo a dignidade da pessoa, inerente ao homem”*

*“Para o utilitarista o indivíduo tem importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais”*

A presunção de inocência somente pode ser entendida através da interpretação sistêmica advinda de uma análise dialética entre liberdade e dignidade. Se por um lado tem-se a pretensão punitiva do Estado contra o indivíduo personagem da persecução penal, por outro existe a suposição de que, emblematicamente, o acusado responde pelo seu crime quando transitada em julgado a sentença condenatória, que de fato comprovará o dolo, atestando pela via judiciária a prisão fática do autor do delito. Enquanto os atos processuais e a plenitude de defesa caminham, o princípio da presunção de inocência simboliza a preservação da pessoa em sua integridade, de não ser acolhida em cárcere quando ainda é possível que seja reconhecida insuspeita sua participação diante do ilícito a ela imputado, inicialmente.

Entretanto, liberdade e dignidade são valores que se complementam. Mesmo que a afirmativa da liberdade seja forte, existem casos em que a sanção é imposta pela privação dessa liberdade. Obstar pela privação antes da sentença condenatória é função do advogado e presumir o acusado inocente é exigido do julgador, em conservação da dignidade do propenso réu. Uma vez negada a importância da liberdade pelo julgador, por uma interpretação legislativa que mitigue princípios



inalteráveis ou rígidos, há uma troca de valores que deslegitima o sujeito dotado de dignidade, surrupiando de certa forma a sua liberdade. No entanto, negar a liberdade ao suspeito que não perfaça os moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, que legitima a prisão preventiva, significa repudiar a sua dignidade e não enxergá-lo como um indivíduo dotado de racionalidade, dignidade e merecedor de respeito.

Para isso **Immanuel Kant** (1724-1804) apresenta uma proposta influente: a fundamentação de que a liberdade não é presente divino aos seres humanos, mas sim que estes são merecedores dela pela racionalidade que é atributo do ser, meritório de dignidade e respeito. Enxerga o filósofo alemão que o homem deve ser entendido como um fim em si mesmo em respeito à dignidade da pessoa. Dessa forma é errôneo o pensamento de que usar pessoas em prol de um bem-estar geral seria o mais acertado. Para Kant, o agir moral requer que se enxergue acima de tudo a dignidade da pessoa, inerente ao homem. Dessa forma, prender a acusado em favor de um princípio como *in dubio pro societate* significa realizar uma ação por um motivo exterior às suas causas e não por ser o certo a se fazer, e ainda sugere a uma maioria, alheia ao sistema penal e sua seletividade, que o sistema está cumprindo a sua parte do acordo no trato social, que é prender.

Para **Bauman** a sociedade parte de um princípio que vem se amoldando com o passar dos tempos: o medo do outro. Esse temor reverencial é notado tanto em ambientes públicos de interação social, na convivência com a sociedade em geral, quanto nos altos muros e grades que separam e divisam vidas e coexistência:

...a liberdade individual só pode ser produto do trabalho coletivo. Caminhamos porém, hoje, rumo à privatização

dos meios de garantir/assegurar/firmar a liberdade individual, e se isso é uma terapia para os males atuais, é um tratamento fadado a produzir doenças iatrogênicas dos tipos mais sinistros e atroz: destacando-se a pobreza em massa, a superfluidade social e o medo ambiente.<sup>2</sup>

Passam então os estranhos, diferentes e minorias a ser transformados em seres supérfluos caracterizados como dispensáveis, ou selecionáveis penalmente. Essa tendência de segregação parte do discurso da segurança social, em que excluir os visitantes e o diferente é meio para sobrevivência, criando assim nas cidades os espaços do medo, onde essas diferenças não são permitidas. Assim, grandes condomínios são erguidos com suas cercas que não apenas protegem o indivíduo do mundo externo, mas também o isolam. Para aqueles que estão do lado de fora, esse é um grupo de pessoas intocáveis, impossíveis de contato. Para essas pessoas que fazem parte dos “muros-prisões condominiais”, os dessemelhantes são qualquer um que não esteja incluído em seu ciclo de convivência diário. Não obstante, o diferente ou estrangeiro passa a ser um mero “ser mitológico” encontrado apenas no centro das cidades. Esses espaços de proteção criados envoltos por grades, câmeras e segurança revelam uma forma de comportamento que é fruto da diversidade cultural que encontramos nas metrópoles, considerada por Bauman como mixofobia que simboliza a “*reação previsível e generalizada perante a inconcebível, arrepiante e afitiva variedade de tipos humanos e de costumes que coexistem nas ruas das cidades*”<sup>3</sup>.

Esse pavor atroz faz com que se defina, de certo modo, aqueles que devem ser mantidos distantes do trato social, sendo a privação do convívio o primeiro passo. Dessa forma, enxergar um direito penal estreito a todas essas transformações sociais,

do medo do outro e das angústias pós-modernas, significa atrelá-lo a essas constantes mudanças, pois ele, o direito, também se transforma. Imaginar os ministros do Supremo Tribunal Federal realizando votos contrários ao estipulado pela Constituição, que é a carta magna de toda uma ordem jurídica, é alienar anos de promoção humana. Os estudos kantianos afirmaram, em sua obra intitulada *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1776), o impulso moral das revoluções que viriam em seguida (Americana em 1776 e Francesa em 1789), fornecendo bases resistentes para o que os revolucionários viriam a denominar como os direitos do homem (século XVIII) e que na aurora do século XXI viemos a contemplar como direitos humanos<sup>4</sup>.

Ao inserir uma nova interpretação e uma reformada ordem, os ministros enxergam a ideologia da defesa social como base para todo o direito penal, ancorando a política criminal num legalismo dogmático e positivista ao extremo, que tende a criminalizar sempre que possível. Para **Vera Regina P. de Andrade**,

ao mesmo tempo que o Estado Moderno encontra no sistema penal um dos seus instrumentos de violência e poder político, de controle e domínio, necessitou formalmente desde seu nascimento de discursividades (“saberes”, “ideologias”) tão aptas para o exercício efetivo deste controle quanto para a sua justificação e legitimação.<sup>5</sup>

Alessandro **Baratta**, jurista italiano, por sua vez entende que a ideologia da punição pode se legitimar através da ideologia da defesa social<sup>6</sup> que “*se apresenta e se define por meio de princípios*”; estes se ratificam ostentando ideologicamente as bases para igualar todos perante a lei, tendo o direito penal como o epíteto da igualdade, não prevendo as diferenças sociais e econômicas existentes em uma sociedade<sup>7</sup>.



Essas interpretações e impulso punitivo ao extremo do Estado são provenientes do medo excessivo e da sociedade do espetáculo em que se vive nos dias de hoje<sup>8</sup>, onde há a mídia que transforma o processo penal numa epopeia em busca da audiência, criando cada vez mais adeptos da criminalização de mais e mais condutas.

Para isso, a interpretação paradigmática dos ministros vai contra a interpretação zetética que movimenta investigações construtivas da realidade, através de questionamentos, utilizando fontes como a sociologia e a antropologia para tomar decisões de tamanha importância como o fim de um princípio antes ativo e modelador do processo penal.

Interpreta-se também, por fim, pelo utilitarismo. **Jeremy Bentham** (1748-1832) inaugurou a filosofia numa ideia central muito simples: o objetivo maior é maximizar a felicidade do número maior de pessoas. Considerando que a soma das satisfações de uma maioria deve ser acatada como bem-estar geral, tal argumento pode ser cruel com o indivíduo isolado, bestializado, estereotipado e rotulado.

Para Bentham, todo o argumento moral deve de forma implícita inspirar-se na ideia da maximização da felicidade pesando as preferências de todos, sem as julgar. Dessa forma, o retrato que se tem é que o prazer maior para uma maioria das pessoas maximiza o princípio da maior felicidade. O autor não atribui o valor devido à dignidade humana e aos direitos individuais, reduzindo de fato, equivocadamente, tudo o que teria importância moral a uma singela escala de prazer e dor, em que a busca pelo prazer da maioria prevaleceria. **Sandel** professa:

Para o utilitarista o indivíduo tem importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consi-

deradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano.<sup>9</sup>

Ao optar e julgar pelo fim da presunção de inocência, o legislador ressalta o princípio do utilitarismo em prol de uma maioria e em detrimento de uma minoria. Se Bauman está correto em sua assertiva de que manter os desiguais/diferentes/rotulados afastados do trato social é inerente de uma sociedade que flui em circunstância do medo, a única forma de renunciar a esse temor, ou seja, de viver num ápice de felicidade, seria conter aqueles selecionados ou que fazem parte da malha penal<sup>10</sup>.

Destarte, negar-lhes a liberdade e tomá-los como culpados antes de terem sido de fato condenados aproxima-se às normas de higienização e limpeza social, num utilitarismo crescente. Assim, a negação dos direitos fundamentais começa a partir do momento em que normas ou decisões que ferem as prerrogativas desses direitos são tidas como método ou como regra. Nesse caso, quanto à efetividade dos direitos, **Sarlet** preleciona:

No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no artigo 5º, § 1º, da nossa constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de desta-

que o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.<sup>11</sup>

Dessa maneira, Kant repudia o utilitarismo pelo simples fato de que tal filosofia deixa direitos fundamentais vulneráveis. Basear di-

reitos pela fórmula que deduz qual direito/ação trará uma maior felicidade é equiparar todos os cidadãos, não levando em conta as diferenças econômicas, o abismo do merca-

do consumista que há de uma classe para outra e a estigmatização das minorias. A interpretação relacionada ao fim da presunção de inocência vai mais adiante: se de fato uma decisão penal precisa corresponder às expectativas sociais criadas pela maioria, causada pelo medo e por uma sociedade do espetáculo, tornando a prisão cada vez mais realidade nos processos criminais e ainda numa possibilidade da penitência de um inocente em prol da maior fatia da sociedade, significa que as decisões que penalizam negando presumir o indivíduo inocente jazem num sentido de que os fins justificam os meios, por consequência.

Esse fator é veementemente preterido pela filosofia kantiana uma vez que não se considera o homem como um fim em si mesmo, desrespeitando sua condição de dignidade humana, usando-o para determinados fins. A intenção da ação (prender antes do trânsito em julgado) é realizada pelos motivos errados. Ao entender a prisão como exemplo para outros e principalmente como uma resposta à sociedade que clama

**LIBERDADE  
E DIGNIDADE  
SÃO VALORES  
QUE SE  
COMPLEMENTAM**

por justiça, o valor moral da ação resulta em sentidos difusos que não são inerentes ao caso concreto, mas sim em demonstrar a força e a velocidade do poder punitivo do Estado. Para Kant, o que importa é fazer a coisa correta porque é a coisa certa a ser feita, mas não por algum outro motivo que seja exterior a ela:

Uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou por aquilo que ela realiza. Mesmo que essa ação não consiga concretizar suas intenções; que apesar de todo o seu esforço não seja bem-sucedida, ainda assim continuará a brilhar como uma joia, como algo cujo valor lhe seja inerente.<sup>12</sup>

Assim, a ação de prender é motivada pelo intuito de atingir uma determinada utilidade ou finalidade, que é a máxima felicidade/tranquilidade da maioria. Tal ação não possui um valor em si, sendo considerada então por Kant como um imperativo hipotético, uma vez que não respeita as liberdades individuais e os direitos fundamentais do indivíduo que está tendo sua liberdade cerceada antes da sentença final. Para o filósofo, a pena por sua vez deve ser justa, significando que necessita ser proporcional ao crime cometido. Na prisão de alguém cuja sentença pode ressurgir com sua inocência em apelação, a pena então é totalmente desproporcional, pois se prende um inocente. A pena é considerada um imperativo categórico quando é um fim em si mesma, devendo ser harmoniosa à gravidade do delito praticado. Dessa maneira, a pena não pode ser aplicada tendo-se por objetivo uma finalidade preventiva; sua consequência de prevenção é algo que não pode ser a razão de sua existência.

Kant critica aqueles que afirmam que a essência da pena é a sua utilidade preventiva, pois quando é aplicada uma penalização sobre uma pessoa para intimidar os demais, ou afirmar para alguns a presença do

direito de punir, se trata, todavia, o ser humano apenado como um objeto, ignorando sua dignidade, que é o fator determinante do homem.

Negar a inocência do acusado até que as provas e as regras do processo penal sejam cumpridas é tratar a pessoa como um arquétipo aos demais, como instrumento de exemplos intimidativos e emblemáticos, como a pena.

### A desvantagem da pena: rotulação e negação

Enclausurar o indivíduo no sistema penitenciário é uma decisão que precisa ser tomada com toda a parcimônia possível, sendo a última decisão em um processo penal. Contudo, com o fim da presunção de inocência esse caráter decisório passa a ser então realizado antecipadamente, podendo ainda um réu considerado absolvido das acusações passar um longo período negligenciado nas penitenciárias que existem em condições desumanas.

Em seu conceito de identidade, **Hall**<sup>13</sup> preocupa-se com o sujeito deslocado diante de uma crescente globalização e mudanças de valores, costumes e normas, o que causa uma crise de identidade. As mudanças societárias que ocorrem fazem com que paradigmas sejam rapidamente trocados por outros novos, que são impostos pela sociedade que caminha a passos largos. Em seus escritos no livro intitulado “*A identidade cultural na pós-modernidade*” (Hall) duas escolas foram pesquisadas: o sujeito do Iluminismo tinha como base o conceito de centralidade na pessoa humana e sua racionalidade; já o sujeito sociológico seria caracterizado por sua capacidade de interação com o mundo e o sujeito pós-moderno seria composto por várias identidades<sup>14</sup>.

Essas formas de se reconhecer como indivíduo de uma sociedade são totalmente aceitas quando vive-

mos não apenas uma cultura mas um turbilhão de pensamentos, vontades, formas de se enxergar o mundo que podemos chamar também de multiculturalismo. Dessa forma, voltamos ao sistema penal e sua forma de “ressocialização” que serve não apenas para rotular a imagem do presidiário que cumpriu sua pena, mas também para aniquilar com sua identidade, quando não há interação simbólica com seus iguais nem existe a afirmação de sua identidade como a conhecia.

O sistema penal é lascivo no sentido em que a luta do ser humano se faz para sua afirmação identificadora dentro do grupo que convive. Quanto mais negado pelo grupo e ao mesmo tempo sem defesa perante esse grupo, mais a identidade sofre um desvio automático<sup>15</sup>. O sistema penaliza não apenas o corpo e sua liberdade, mas também a forma com a qual o ser humano se identifica perante os outros e sua interação com o mundo, aniquilando as várias identidades que traz o mundo pós-moderno, descritas por Hall.

Quanto mais exaurido de si mesmo, menor é a vontade do preso de persistir com sua identidade num ambiente que não o aceita. A partir do momento em que há a integração do sujeito no sistema prisional, recai sobre ele uma nova identidade que vai cerceando a antiga e tomando formas novas. Essa nova visão de si mesmo é adaptada ainda mais com suas novas necessidades dentro do presídio. Do lado de fora, outra identidade é construída, uma nova forma de ser humano é pensada, o ex-presidiário<sup>16</sup>. Esse rótulo torna mais fácil localizar o indivíduo, uma vez que ele já fez parte do sistema penal. Além de rotulado, sua identidade faz parte do rol de pessoas que provavelmente voltem a cometer crimes. O estudo do indivíduo como criminoso portador do rótulo e da marca que lhe é impu-

tada no sistema penal é uma prévia peculiar do que acontece nos dias atuais no âmbito criminológico: a perseguição e a marcação cerrada dos órgãos de controle em cima de pessoas que possuem o estereótipo marginal, ou seja, aquele reconhecido como um *desviante*, vivendo em seu grupo e margeando a sociedade. A construção de identidade de Hall deste modo é avaliada conforme os órgãos máximos do Estado pregam contra o sujeito que uma vez fez parte de seu sistema carcerário.

A partir do momento em que as penas privativas de liberdade têm a função simples de privar o indivíduo de sua liberdade e apenas isso, ela está formando um novo caráter, uma nova identidade. **Freud**<sup>17</sup> em *O Mal-estar da Civilização* diz que “*uma satisfação irrestrita de todas as necessidades apresenta-se como método mais tentador de conduzir nossas vidas, isso porém, significa colocar o gozo antes da cautela, arrecadando logo seu próprio castigo*”<sup>18</sup>. Freud salienta que o indivíduo é inimigo da civilização já que em todos os homens existem tendências destrutivas, antissociais e anticulturais. A civilização, portanto, trava uma luta constante contra o homem isolado e sua liberdade, substituindo o poder do indivíduo pelo poder da comunidade. A sociedade distingue o homem delinquente como aquele que saiu da prisão, pois é considerado como quem não teve o domínio de suas pulsões e de fato colocou suas tendências destrutivas à mostra. A força da comunidade em não aceitar o reintegrável em seu meio ganha mais adeptos ainda quando o Estado não o prepara para interagir com essa comunidade, e muito menos a sociedade para com ele:

O homem marginal é aquele que através da migração, educação, casamento, ou alguma outra influência, abandona um grupo social ou cultura

sem realizar um ajustamento satisfatório em outro, e encontra-se na margem de ambos, sem pertencer a nenhum (**Stonequist**, 1937).<sup>19</sup>

Stonequist diz que “*na medida em que as culturas forem conflitantes pode-se enfrentar algum tipo de problema*”, nesse caso, um real perigo. A partir do momento em que, posto em liberdade, não há aceitação nem de sua experiência e menos ainda de sua vida, um estopim é aceso. Estudos recentes vêm demonstrando que essa situação de estar entre duas culturas pode dar origem a uma terceira, que se expressa não em um só indivíduo, mas como categoria social que, face às barreiras culturais, está impedida de participar plena e legitimamente do grupo que a influencia, a sociedade em geral. Essa dialética pode ser para pior, criando um grupo *outsider* totalmente desregrado e contra uma sociedade da qual ele deveria fazer parte, a mesma que hoje ele também não aceita e a quem declarou indiferença. Nesse interim, a pena como tentativa de ressocialização é inexistente em todos os âmbitos, pois não há interesse estatal e não há também interesse do detento, já que o rótulo recai sobre ele em uma sociedade que não é incentivada a reintegrá-lo.

Vive-se em uma sociedade global de riscos<sup>20</sup>, em que tudo pode ser transformado em uma bomba altamente destrutiva<sup>21</sup>. Decisões se tornam imprevisíveis e podem gerar uma ameaça iminente. Tratar a liberdade do indivíduo como mera quinilharia é um risco enorme, quando o cárcere é transformador da identidade, primeiro destruindo-a e depois a tornando diferente para a sociedade. Depois do cárcere, sem alguma preparação esse indivíduo é reposto na comunidade, sem qualquer responsabilidade estatal, e por fim ainda sofre um rótulo eterno que o demarca como gado em um rebanho, nesse nosso caso em um grupo<sup>22</sup>.

A partir do momento que, sem educação, sem apoio familiar muitas vezes, sem suporte, morando em lugares considerados de risco e, além de tudo isso, rotulado, o reintegrável passa a ser não apenas mais uma pessoa na comunidade, mas o ex-presidiário. O perigo dessa rotulação, que não é feita apenas pelos órgãos de controle estatais, é o indivíduo começar a aceitá-la de fato, mediante a falta de perspectiva e chances. Aceitando-a, o reintegrável passa a ser realmente um obstáculo para a sociedade, agindo de forma marginal a ela, e ainda tendo motivos que ele considera serem corretos para isso, no conceito das técnicas de neutralização de **Matza**<sup>23</sup>.

Agir contra a comunidade pode ser, subjetivamente, uma regra íntegra e correta para aquele que por ela não foi aceito. **Ulrich Beck** traz o conceito de sociedade de risco:

Vivemos numa sociedade mundial do risco, não só no sentido de que tudo se transforma em decisões cujas consequências se tornam imprevisíveis, ou no sentido das sociedades de gestão do risco, ou naquele das sociedades do discurso sobre o risco. Sociedade do risco significa, precisamente, uma constelação na qual a ideia que guia a modernidade, isto é, a ideia da controlabilidade dos efeitos colaterais e dos perigos produzidos pelas decisões tornou-se problemática, uma constelação na qual o novo saber serve para transformar os riscos imprevisíveis em riscos calculáveis, mas deste modo produz, por sua vez, novas imprevisibilidades, o que constringe a reflexão sobre os riscos. Através desta “reflexividade da incerteza”, a indeterminabilidade do risco no presente se torna, pela primeira vez, fundamental para toda a sociedade, de modo que devemos redefinir nossa concepção da sociedade e nossos conceitos sociológicos.<sup>24</sup>

Seguindo então o pensamento de Beck, o que se vê é a idealização e a formação de uma sociedade de risco, transformando indivíduos que provavelmente poderiam ser reintegrados.



gráveis ao trato social em bombas-relógio que podem explodir a qualquer momento, pela destruição de sua perspectiva de vida, pela não aceitação de sua própria identidade, uma vez destilada.

Tratar levemente assuntos que conduzem à penalização de um indivíduo é tratar o próprio ser humano como um objeto ou ainda como um objetivo, um exemplo a ser seguido. A interpretação feita pelos ministros do STF ao julgar a presunção de inocência como descartável parte de uma racionalidade burocrática que não prevê os intuitos da penalização nem de seus motivos. Ainda, pautada no substrato de preventiva, abusa da possibilidade real de ser considerado inocente o acusado, preso ainda antes de sua sentença.

Imaginar a restauração da vida do cidadão privado de um bem considerado supremo da vida como a liberdade é considerar utopicamente nosso sistema prisional ressocializador e educativo, quando de fato suprime-se a condição de dignidade considerada em cada ser humano. A negação de um princípio fundamental pode sujeitar a pessoa a uma rotulação constante pelo sistema, e sua condição estigmatizada é o estopim para que contra ele sempre aja o poder de polícia, o sistema penal e toda uma máquina de punição e penitência, que se pode definir com as sábias palavras de **Machado de Assis**: “a bastilha da razão humana”. ■

## Notas

1 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei 12.403, de 2011).

2 BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução por Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2006, p. 15.

3 *Op. cit.*, p. 40.

4 SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 17 ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2015, p. 137.

5 ANDRADE, Vera Regina de. *A ilusão de segurança jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 57.

6 A ideologia da defesa social é a síntese de um desenvolvimento do pensamento penal e penitenciário, representando, por bases do saber oficial, a proteção dos bens jurídicos lesados e garantindo penalidades igualitárias aos desviantes ou criminosos, em prol do controle da criminalidade na defesa da sociedade mediante a intimidação e ressocialização, legitimando deveras a ideologia da punição na sociedade atual. Tal ideologia, grosso modo, não prevê as grandes diferenças econômicas e sociais existentes em uma sociedade, sendo criticada por Alessandro Baratta em sua obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução Sociológica do Direito Penal”.

7 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41-4.

8 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo, Ed. Contraponto, 2009.

9 SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 151.

10 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2001. O autor traz a concepção de fluidez tanto dos laços humanos em sociedade quanto de conexão entre os institutos sociais.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 470.

12 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 442.

13 Natural de Kingston – Jamaica, nascido em 3 de fevereiro de 1932, Stuart Hall, vive na Grã-Bretanha desde 1951. Estuda o conceito de identidade tendo como base de seu trabalho o estudo da identidade Iluminista e Sociológico.

14 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. São Paulo, DP&A Ed., 2011.

15 BECKER, Howard S. *Outsiders*, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 16-20.

16 *Idem*. Estudos sobre a Teoria da Rotulação Reconsiderada, a respeito os rótulos que recaem sobre o selecionado pelo sistema penal.

17 FREUD, Sigmund. O mal-estar da civilização, 1929. Escrito às vésperas do colapso da Bolsa de Valores de Nova York (1929), é uma investigação sobre as raízes da infelicidade humana, sobre o conflito entre instintos e cultura e a forma que ele assume na civilização moderna.

18 FREUD, Sigmund. *O mal-estar da civilização*. São Paulo: Ed. Penguin, 2011, p. 53.

19 STONEQUIST, Everett V. *O homem marginal: estudo de personalidade e conflito cultural*. Livraria Martins Editora S.A., 1948.

20 Beck distingue dois processos de modernização na história recente das sociedades. A primeira modernização é identificada como aliada ao processo de industrialização e construção da sociedade de massas. Nesta era industrial o centro da estrutura cultural e social era a família. Já a segunda modernização ou *modernização reflexiva*, própria da sociedade atual, tende à globalização e está em constante desenvolvimento tecnológico, rompendo com a centralidade do núcleo familiar e dando lugar à individualização. No bojo deste processo aumenta a incerteza do indivíduo e instaura-se a *Sociedade do Risco*. Estas mudanças

afetam não só o plano pessoal como o plano das instituições, a partir de novas políticas de governo muitas vezes aliadas à concepção econômica neoliberal.

21 BAUMAN, Zygmunt. *Confiança...* 2006, p. 46.

22 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, 2002, p. 185.

23 As técnicas de neutralização de David Matza têm um significado circunstancial aqui. Os mecanismos de defesa contra a culpa da prática de um crime partem também da negação do indivíduo enquanto vivente da mesma sociedade. Ao praticar furtos ou roubos que satisfaçam o sentido hedonista do jovem de classe baixa, esse nega, como forma de desculpar-se ou conferir o dolo a outrem, praticando em si o discurso de que a “vítima mereceu, pelo fato de ter demais e ele de menos, pois não vai fazer falta, ou, por que você me nega, dessa forma, merece ser roubada, pois eu também, da mesma maneira te nego”! Na realidade, ele apenas incorpora técnicas de neutralização da sua violação das regras, mecanismos de defesa contra a culpa: (1) exclusão da própria responsabilidade (“não tive opção”); (2) negação da ilicitude e nocividade do comportamento (“com o dinheiro que têm nem notarão”); (3) desqualificação das pessoas incumbidas da persecução penal (“como se os policiais fossem santos”); (4) apelação à inexistência ou desqualificação da vítima (“não estamos causando dano a ninguém”); (5) invocação de instâncias ou motivações superiores (“não podia esquivar de fazer”).

24 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 368.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina de. *A ilusão de segurança jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução por Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2006.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 2009.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar da civilização*. São Paulo: Penguin, 2011.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. São Paulo: DP&A, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STONEQUIST, Everett V. *O homem marginal: estudo de personalidade e conflito cultural*. Livraria Martins Editora S.A., 1948.



# POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE DE CRIANÇA NASCIDA EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA

**Joanna Varejão**

Advogada

## Excertos

*“Novos modelos de constituição de famílias surgiram com o avançar da sociedade e dão origem a situações não previstas pelo legislador, deixando em descoberto os direitos civis, trabalhistas e previdenciários de diversos cidadãos”*

*“O posicionamento da doutrina dominante foi de grande influência no poder judiciário, levando ao reconhecimento da união estável entre casais homossexuais quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 no dia 5 de maio de 2011”*

## 1. Evolução histórica do direito de família

Para iniciar este trabalho, cumpre-nos uma breve digressão histórica sobre os tipos de família que existem no direito civil brasileiro, não obstante a intervenção estatal no núcleo familiar, apontando as grandes mudanças que ocorreram ao longo do tempo.

É cediço que em território brasileiro, ainda nos dias de hoje, apesar de todas as mudanças positivas e a inclusão feminina no mercado de trabalho, mulheres ainda sofrem com o machismo que, junto à influência religiosa em nossa sociedade, levou à ideia de que mãe é “aquela que passou por um processo gestacional”.

Todavia, as mudanças no comportamento das pessoas no que se refere ao fim do casamento, inclusão social, igualdade, dentre outros

direitos, fez com que a doutrina também se posicionasse sobre o tema, de modo que de forma majoritária passou-se a subdividir os conceitos de família e atribuir-lhes características específicas, como adiante será abordado.

A Constituição de 1988 também foi responsável pela atribuição de novos valores no plano jurídico, deixando de lado a visão da família patriarcal adotada desde o tempo colonial.

De acordo com **Lôbo** (2009, p. 1)<sup>1</sup>:

*A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo desde a colônia, o império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com a sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.*

Atualmente, diversas são as formas de família existentes em nossa sociedade, passando o Estado a interferir no núcleo familiar de forma subjetiva, garantindo às famílias o direito de proteção contra a sociedade e contra o próprio Estado.

**Gonçalves** (2010, p. 33-34) ao opinar sobre o tema leciona que:

*“Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma ‘paternidade responsável’ e a sua assunção de uma realidade familiar concreta. [...] uma vez declarada à convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.”<sup>2</sup>*

O conceito restrito de família, relacionado ao poder familiar em que o conjunto de direitos e deveres quanto à pessoa dos filhos e

bens do menor emancipado era necessariamente exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, ao longo do tempo abriu margem a um amplo leque de estrutura familiar.

Inovou a Constituição de 1988 ao extinguir o conceito de núcleo familiar apenas àquele constituído pelo casamento. Na visão da professora **Diniz** (2007, p. 11):

*“A Magna Carta de 1988 e a Lei n. 9.278/96, art. 1º, e o novo código civil, arts. 1.511 e 1.723 vieram a reconhecer como família a decorrente do matrimônio (art. 226, §§ 1º e 2º, da CF/88) e como entidade familiar não só a oriunda de união estável como também a comunidade monoparental (CF/88, art. 226, §§ 3º e 4º) formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado (JB, 166 e 324).”<sup>3</sup>*

Por sua vez, Lôbo (2010, p. 66) identifica as famílias como monoparental, famílias advindas da *união homossexual*, e famílias *recompostas*; de modo que, de acordo com o doutrinador, famílias homossexuais são aquelas que *“preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade e tiverem finalidade de constituição de família”* (Lôbo, 2010, p. 68), *não importando a ausência de lei que regulamente tais uniões devido a autoaplicação da norma constitucional prevista no artigo 226 da CF”*.

O posicionamento da doutrina dominante foi de grande influência no poder judiciário, levando ao reconhecimento da união estável entre casais homossexuais

quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 no dia 5 de maio de 2011 (*atualmente já sendo reconhecido o casamento diretamente em cartório por força da Resolução 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*), trazendo um procedimento mais célere, deixando de lado a necessidade de ajuizamento de ações judiciais.

E é nesse contexto histórico, entre avanços e retrocessos da legislação nacional no que se refere ao direito de família,

exatamente nestas famílias criadas, divididas e subdivididas em espécies, onde os cônjuges não tinham a liberdade de decidir sobre sua vida conjugal, que nasce o foco principal de nosso trabalho, qual seja, a possibilidade da mãe não gestante receber o benefício previdenciário e gozar de licença-maternidade em se tratando de criança não adotiva, mas sim daquela que já nasce num âmbito familiar homossexual, devidamente registrada e concebida durante o casamento através de fertilização heterogênea.

exatamente nestas famílias criadas, divididas e subdivididas em espécies, onde os cônjuges não tinham a liberdade de decidir sobre sua vida conjugal, que nasce o foco principal de nosso trabalho, qual seja, a possibilidade da mãe não gestante receber o benefício previdenciário e gozar de licença-maternidade em se tratando de criança não adotiva, mas sim daquela que já nasce num âmbito familiar homossexual, devidamente registrada e concebida durante o casamento através de fertilização heterogênea.

## 2. Da proteção estatal aos novos núcleos familiares

O Estado, na tentativa de proteger os novos núcleos familiares que surgem, não obstante a figura do nascituro, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, assegurou em nossa Cons-

tituição Federal de 1988 o direito à igualdade para todos, bem como o direito da criança à convivência familiar, não fazendo qualquer distinção entre filho biológico, adotivo e principalmente àqueles que já nascem em âmbito familiar diferenciado.

Ainda, no que pese a falta de regulamentação e proteção àqueles crianças que já nascem em âmbito familiar diferenciado, cremos ser possível a utilização do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para que de forma análoga assegure-se direitos e deveres ao nascituro.

O mesmo se diz em relação à proteção à maternidade, relacionada no artigo 6º da Constituição Federal/88.

Verifica-se, portanto, que se trata de um direito social, ou seja, à qualidade de ser mãe, não havendo distinção quanto àquela que passou ou não por um processo gestacional ou seu enquadramento legal.

Imperioso ainda ressaltar que, quando se busca a concessão do benefício salário-maternidade e o gozo do período estável, o que se pretende, além dos direitos maternos, é a proteção ao nascituro concedendo-lhe cuidados primários (seja afetivo, psicológico ou físico).

**Sehli** (1997, p. 455) leciona que pelos objetivos a licença-maternidade deve:

*“atender às necessidades biológicas de recuperação da gestante e atender às necessidades da criança, como cuidados físicos, atenção e aconchego da mãe. Explica-se, pela Psicologia, que esta fase da adaptação ao meio externo é quando o ser humano mais necessita de afeto e afago de seus semelhantes, para desenvolver-se em harmonia.”* (grifos nossos)

Infelizmente, atualmente inexistente norma específica concessiva de licença-maternidade à mãe que não seja biológica ou adotante;

contudo, as crianças que já nascem de duas mães ou dois pais, não sendo adotadas, não podem ficar na orfandade.

Evocando uma frase do jurista francês **Jean Cruet**: “*A lei não modifica os fatos, mas os fatos é que modificam a lei*”, é por isso que defendemos a ideia de que, analogamente, sejam utilizados para concessão do benefício previdenciário, obviamente desde que preenchidos os requisitos autorizadores para sua concessão o art. 392-A da CLT, encerrando tratamentos distintos da quele dispensado à mãe biológica à qualquer tipo de mãe.

O mesmo se diz em relação ao art. 227, caput, da Constituição da República, vez que este foi a fonte inspiradora de todos os projetos de lei tendentes a reconhecer à mãe adotante o direito à licença-maternidade.

De igual modo, entendemos pela utilização do art. 7º, inciso XVIII, da CF/88, pois este, ainda que assegure o direito de licença somente “à gestante”, jamais veda que a lei ordinária estenda-o para o caso de crianças nascidas em âmbito familiar homoafetivo.

Tomando por base o posicionamento esposado, entendeu o juiz julgador do Núcleo Permanente de Soluções Consensuais de Conflitos, do Tribunal Regional da 6ª Região (Pernambuco); em caso único até o momento, que a mãe não gestante de criança nascida em núcleo familiar homoafetivo, faz jus à concessão do benefício da licença-maternidade.

No caso em comento, entendeu o magistrado que a mãe não gestante se enquadraria, de forma análoga à condição de gestante tendo em vista a impossibilidade de, sozinha, solicitar o benefício previdenciário em seu favor (sendo tal ato obrigação da empresa para a qual trabalha a empregada), não

obstante pelo fato da criança já ter nascido em âmbito familiar homoafetivo, com registro de nascimento constante de duas mães e quatro avós maternos.

*In verbis*:

“*A situação da reclamante não se enquadraria como empregada adotante para fins de solicitação de licença maternidade, mas como empregada gestante. Extrai-se dos autos que a ora reclamante vivia em união estável e, em agosto/2014 juntamente com sua companheira, passaram por um processo de inseminação artificial heterogênea tendo como gestante a Sra. Xxx. O processo foi acompanhado por ambas, tendo a reclamante passado por tratamento para lactar, diante da dificuldade imposta à gestante por ter passado por cirurgia mamária. Em março/2015 casaram-se e em abril/2015, nasceu a infante, sendo registrada em nome das mães, constando na certidão de nascimento os 4 avós maternos. A previsão normativa é de que os filhos concebidos durante o casamento presumem-se do casal, inclusive aqueles decorrentes de fertilização heterogênea, que tem expressa previsão legal. No caso concreto a infante é filha legítima de ambas, com perfeita classificação na Certidão de Nascimento (constam as mães), estando patente a impossibilidade daquela que gestou, em amamentar a criança, cabendo à reclamante tal ato maternal. Consta ainda nos autos que não foi concedida licença maternidade à gestante.*”

Percebe-se, portanto, que o magistrado se utilizou de normas constitucionais e cíveis para fundamentar sua decisão, baseando-se na hermenêutica jurídica e no estatuto da criança e do adolescente priorizando o bem-estar da criança, para decidir o caso.

Em miúdos, não encontrou dificuldades para enquadrar o direito em caso atípico, utilizando-se da analogia para proteger mães e nascituro; enquadrando as normas supracitadas ao caso em concreto; mostrando ser totalmente possível a concessão de licença-maternida-

de à mãe não gestante ou adotiva; mas sim àquela que construiu uma família de uma relação homoafetiva e baseada na felicidade.

### 3. Conclusão

Novos modelos de constituição de famílias surgiram com o avançar da sociedade e dão origem a situações não previstas pelo legislador, deixando em descoberto os direitos civis, trabalhistas e previdenciários de diversos cidadãos.

Essas modificações e pluralidades não podem deixar na orfandade jurídica os novos núcleos que surgiram. Famílias monoparentais, pluriparentais, recompostas ou mosaicos, todas as formações familiares devem ser respeitadas e são dignas de tutela, pois são norteadas pelo ideal da felicidade.

No caso em análise, defendeu-se a possibilidade de concessão de licença-maternidade a casais que constituíram uma entidade familiar baseada na afetividade, na comunhão de vida e na assistência mútua, emocional e prática, sendo dessa união, formalmente reconhecida, que nascerá uma criança, registrada em nome do casal (ainda que nasça em uma família com estrutura diferenciada, onde se encontra presente a figura de duas mães/pais); pois é com esta nova realidade que os filhos irão crescer, devendo o novo modelo familiar ser digno de proteção do Estado. ■

### Notas

1 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 6: direito de família*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 5º volume: direito de família*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.



## CIVIL E COMERCIAL

### EXCLUSÃO DE SÓCIO SÓ É EFETIVADA APÓS PRAZO DE, NO MÍNIMO, 60 DIAS DA NOTIFICAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1602240/MG

Órgão Julgador: 3a. T.

Fonte: DJ, 15.12.2016

Relator: Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

### EMENTA

Recurso especial. Ação de dissolução de sociedade. **1.** Violação dos arts. 535 e 538 do CPC/1973. Inexistência. Indicação de tema para prequestionamento. Ausente. Enunciado n. 98/STJ. Inaplicabilidade. **2.** Exercício do direito de retirada. Direito potestativo. Notificação prévia e atendimento de prazo legal. Art. 1.029 do CC. Data-base para apuração de haveres. **3.** Pagamento de haveres. Juros de mora. Termo inicial. Prazo nonagesimal para pagamento. 1.031. **4.** Recurso especial da empresa parcialmente provido. Recurso especial da sócia retirante improvido. **1.** Ação de dissolução parcial de sociedade ajuizada por sócio retirante contra a sociedade limitada e os demais sócios, a fim de obter a apuração dos haveres devidos. **2.** Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/1973, porque fundamentado de forma expressa e coerente, a rejeição dos embargos de declaração não implica em violação de dispositivo legal. **3.** Do mesmo modo, não há violação do art. 538 do CPC/1973 quando os embargos de declaração opostos não deduzem questão cujo prequestionamento se faria necessário, não se aplicando, por consequência, o afastamento da multa na forma do enunciado n. 98 da Súmula do STJ. **2.** O direito

de retirada de sociedade constituída por tempo indeterminado, a partir do Código Civil de 2002, é direito potestativo que pode ser exercido mediante a simples notificação com antecedência mínima de sessenta dias (art. 1.209), dispensando a propositura de ação de dissolução parcial para tal finalidade. **3.** Após o decurso do prazo, o contrato societário fica resolvido, de pleno direito, em relação ao sócio retirante, devendo serem apurados haveres e pagos os valores devidos na forma do art. 1.031 do CC, considerando-se, pois, termo final daquele prazo como a data-base para apuração dos haveres. **4.** Inexistindo acordo e propondo-se ação de dissolução parcial com fins de apuração de haveres, os juros de mora serão devidos após o transcurso do prazo nonagesimal contado desde a liquidação da quota devida (art. 1.031, § 2º, do CC). Precedentes. **5.** Recurso especial da empresa parcialmente dissolvida parcialmente provido. Recurso especial da sócia retirante improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por (...) e dar parcial provimento ao recurso especial interposto por Reauto Representações de Automóveis Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE,  
Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recursos especiais interpostos por (...) e Reauto Representações de Automóveis Ltda. fundamentados, respectivamente, nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que (...) propôs ação de dissolução parcial de sociedade empresária em desfavor das empresas Reauto Representações de Automóveis Ltda. e Editora Alterosa Ltda. e demais sócios.

Em sua petição inicial, pleiteou a declaração da dissolução parcial das sociedades, em razão de sua prévia retirada comunicada na forma do art. 1.029 do Código Civil, e a consequente determinação da apuração dos haveres, uma vez que os valores ofertados extrajudicialmente pelas empresas não correspondiam ao valor real de sua quota societária.

A sentença julgou procedente o pedido, determinando a exclusão da sócia do quadro societário e fixando a data de seu trânsito em julgado como marco temporal para a apuração de haveres.

Interpostas apelações pela autora e por Reauto Representações de Automóveis Ltda. e (...) e outros, o órgão fracionário do Tribunal local deu parcial provimento às insurgências, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 605):

Apelação – Ação de dissolução parcial da sociedade empresária – Vínculo societário rompido após a notificação prévia dos sócios – Art. 1.029 do CC – Momento da apuração dos haveres – Responsabilidade da sociedade – Ausência de solidariedade dos sócios remanescente.

– Nas sociedades por prazo indeterminado, o vínculo societário se rompe após notificação prévia



dos sócios, com observância do prazo mínimo de 60 dias, nos termos do art. 1.029 do CC.

– Os haveres deverão ser apurados a partir da data em que o sócio, de fato, se retirou da sociedade, ou seja, 60 dias da respectiva notificação.

– A obrigação dos sócios limita-se à integralização do capital social, nas sociedades de responsabilidade limitada, como dispõe expressamente o art. 1.052 do CC, incumbindo à sociedade a obrigação de pagar os haveres devidos ao sócio retirante.

Opostos embargos de declaração pela sócia retirante, foram eles rejeitados, com aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil de 1973.

Inconformada, a demandante interpõe recurso especial fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 458, II, 535, II, e 538, parágrafo único, do CPC/1973; e 394, 1.029 e 1.031 do Código Civil.

Sustenta, em caráter preliminar, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, bem como a inaplicabilidade da multa do parágrafo único do art. 538 do CPC/1973, pois os aclaratórios opostos com intuito de prequestionamento afastariam a respectiva sanção, em observância ao disposto na Súmula 98/STJ. No mérito, aduz que o termo inicial para incidência de juros moratórios deve coincidir com a data base da apuração de haveres, esta última reconhecida como sendo o termo *ad quem* do prazo de sessenta dias contado desde a notificação, nos termos previsto no art. 1.029 do CC.

Por sua vez, a empresa recorrente interpôs recurso especial fundamentado na alínea *c* do permissivo constitucional, apontando a existência de divergência jurisprudencial quanto à interpretação dos arts. 1.029 e 1.031 do Código Civil. Em

suas razões recursais, assevera, em síntese, que tanto a apuração de haveres quanto termo inicial dos juros moratórios devem coincidir com a data do trânsito em julgado da sentença de dissolução da sociedade.

As contrarrazões foram oportunamente apresentadas por ambas as partes (e-STJ fls. 678-688 e 694-696).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Cinge-se a controvérsia a definir, a par da adequação da tutela jurisdicional entregue, o momento em que se considera dissolvida a sociedade empresária para fins de apuração de haveres, bem como o termo inicial dos juros de mora para pagamento dos valores daí decorrentes.

De início, verifico dos autos que o recurso foi interposto quando ainda estava em vigor o Código de Processo Civil de 1973, aplicando-se esta lei quanto aos requisitos de admissibilidade.

1. Alegação de violação dos arts. 458, 535 e 538 do CPC/1973.

Assevera a ex-sócia recorrente que o Tribunal de origem teria sido omisso quanto à fundamentação adotada para fixar o termo inicial dos juros de mora. Contudo, instado a se manifestar por meio da oposição de embargos de declaração, além de rejeitar o recurso, ainda cominou a multa prevista no art. 538 do CPC/1973.

Da leitura atenta do acórdão recorrido, contudo, verifica-se que o ponto foi expressamente decidido não havendo assim vícios do art. 535 do CPC/1973 a respaldarem a oposição dos aclaratórios. Outrossim, a despeito de se pretender a incidência do enunciado n. 98/STJ, não se verifica das razões recursais a indicação de nenhum dispositivo

legal cujo prequestionamento se estaria buscando.

Diante desse contexto, fez-se incidir corretamente a multa do art. 538 do CPC/73, a qual fica mantida por esses fundamentos.

2. Alegação de violação do art. 1.029 do CC/2002. Data-base para apuração de haveres em dissolução parcial de empresas.

Com efeito, a dissolução parcial das empresas surgiu no Brasil inicialmente pela via jurisprudencial e doutrinária, construída a partir da necessidade de se conciliar a subsistência das empresas com a livre iniciativa privada e ampla liberdade de associação. Ressalta-se que antes da vigência do atual Código Civil, a vontade de deixar o quadro societário manifestada por um dos sócios era fundamento para a dissolução total da empresa, nos termos do art. 335, 5, do Código Comercial. Posteriormente, diante do crescente poder decisório da maioria, passou-se a contemplar, pela via legislativa, o direito de recesso do sócio dissidente como forma de proteção da minoria, nos termos do Decreto n. 3.708/1919 e das Leis de Sociedades Anônimas (Decreto-Lei n. 2.627/1940 e Lei n. 6.404/1976).

Ao disciplinar o direito societário, o Código Civil de 2002 incorporou ao direito nacional o entendimento, já sedimentado jurisprudencialmente, de que o vínculo associativo não poderia ser imposto ao sócio que desejasse se retirar de sociedade constituída por prazo indeterminado, ainda que ausente a imposição de alteração contratual. Nesse rumo, excluídas as sociedades de capitais que seguem reguladas pela Lei n. 6.404/1976, o art. 1.029 do CC/2002 assegurou, de forma expressa, a possibilidade de retirada voluntária de sócios dos demais tipos societários, mediante a mera notificação da empresa, res-

peitado o prazo de sessenta dias de antecedência mínima.

Encerrou-se assim o debate acerca das condições para a extinção do vínculo societário em relação a um sócio, agasalhando-se o direito de retirada como “mecanismo neutro, voltado para a realidade societária, que permite a cada membro, dentro do jogo de interesses internos, garantir sua liberdade de permanecer ou não associado sem recorrer à dissolução da sociedade” (SZTA-JN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades comerciais, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 71. Editora Revista dos Tribunais: 1988 p. 53). Tecnicamente, o direito de retirada constitui-se, portanto, em direito potestativo positivado em favor de cada sócio, individualmente considerado. Desse modo, uma vez exercido o direito e respeitado o prazo de antecedência da notificação, opera-se de plenamente a resilição do vínculo associativo individual, sujeitando os demais sócios e a empresa, independentemente de anuência ou de intervenção judicial.

Por essa trilha, tem-se evidente que a ação de dissolução parcial já não é instrumento imprescindível ao exercício do direito de retirada, o que vai ao encontro da disciplina processual atual. Com efeito, muito embora não aplicável na presente demanda, o CPC/2015 caminhou nesse mesmo sentido ao prever que a ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto a resolução da sociedade empresária e a apuração dos haveres do sócio, cumulativa ou isoladamente (art. 599, CPC/2015). Nesse ponto, convém assinalar que a dissolução parcial de empresas por tempo determinado, bem como nos casos de exclusão de sócios, ainda se exige decisão judicial (arts. 1.209, parágrafo único, e 1.030 do CC/2002), o que justifica a manutenção da

resolução da sociedade empresária como escopo da ação de dissolução parcial pelo CPC atual.

Todavia, em hipóteses como a dos autos, em que foi regularmente exercido o direito de retirada, remanesce interesse para a propositura da demanda apenas no que tange à apuração dos haveres, a qual deve sempre observar como marco temporal a data da resolução do contrato societário. É o que determina o art. 1.031, *caput*:

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, **à data da resolução**, verificada em balanço especialmente levantado.

Em complemento, ressalva-se a existência de farta jurisprudência desta Corte Superior no sentido de considerar resolvida a sociedade na data da propositura da ação de dissolução. Tal entendimento, contudo, não contraria a conclusão do Tribunal de origem que reconheceu a dissolução ocorrida após os sessenta dias contados da notificação extrajudicial. Isso porque os precedentes existentes cuidaram de decidir causas em que a própria resolução da sociedade era fato controverso nos autos – mesmo porque a dissolução de sociedade em razão da pretensão do sócio de retirar-se somente se fazia por meio da via processual antes do atual Código Civil.

Todavia, a regra de direito extraída desses precedentes já atentava para a relevância do ato de comunicação do interesse de retirar-se, consubstanciado na propositura da demanda na sistemática legal anterior. Nesse sentido, colhe-se do voto vencedor da Min. Nancy Andrighi proferido no julgamento do REsp n. 646.221/PR os seguintes esclarecimentos:

Não há como compelir o sócio a manter-se indefinidamente na sociedade estabelecida por tempo indeterminado, principalmente quando há ruptura da *affectio societatis*, como ocorreu na hipótese sob julgamento. Neste caso, permite-se que o sócio deixe espontaneamente a sociedade, com a preservação do ente social e apuração de seus haveres, levando em conta a situação patrimonial da sociedade verificada na data da retirada.

Com estes fundamentos, conclui-se que a data base para apuração dos haveres coincide com a manifestação da vontade do sócio de se retirar da sociedade limitada estabelecida por tempo indeterminado, o que, na hipótese, se deu com o ajuizamento da ação de dissolução parcial.

O referido acórdão encontra-se assim ementado:

Direito societário. Recurso especial. Dissolução parcial de sociedade limitada por tempo indeterminado. Retirada do sócio. Apuração de haveres. Momento.

– A data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade limitada estabelecida por tempo indeterminado.

– Quando o sócio exerce o direito de retirada de sociedade limitada por tempo indeterminado, a sentença apenas declara a dissolução parcial, gerando, portanto, efeitos *ex tunc*.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 646.221/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 30/5/2005, p. 373)

Na mesma trilha, mais recentemente esta Terceira Turma voltou a se pronunciar a respeito do tema nos seguintes termos:

Recurso Especial. Ação de dissolução de sociedade cumulada com

indenizatória. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Apelação. Efeito devolutivo. Conhecimento da matéria impugnada. Produção de provas. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Revisão. Súmula 7/STJ. Data base para apuração de haveres. Término do *affectio societatis*. Pagamento de haveres. Parcela única. Possibilidade. Nulidade do laudo pericial. Revisão. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Apuração de haveres. Legitimidade passiva. Existência. Produção de provas. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Solidariedade. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Dispositivos legais não indicados. Deficiente fundamentação. Súmula 284/STJ.

1. Ação de dissolução parcial de sociedade cumulada com apuração de haveres ajuizada por sócio minoritário contra a sociedade limitada e o sócio majoritário.

5. A data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade limitada estabelecida por tempo indeterminado.

6. O prazo contratual previsto para o pagamento dos haveres do sócio que se retira da sociedade supõe *quantum* incontroverso; se houver divergência a respeito, e só for dirimida em ação judicial, cuja tramitação tenha esgotado o aludido prazo, o pagamento dos haveres é exigível de imediato.

13. Recursos especiais a que se nega provimento.

(REsp n. 1.371.843/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 26/3/2014)

Também, nesse caso, o voto condutor do Min. Paulo de Tarso Sanseverino destacou que, no caso dos autos, a dissolução do vínculo societário somente se deu com a propositura daquela ação, conforme se depreende do seguinte trecho:

Assim, correto o entendimento adotado pelo Tribunal de origem de que a apuração de haveres deve ter como marco inicial a data do ajuizamento da presente ação de dissolução, haja vista a demonstração inequívoca da inexistência de *affectio societatis*.

Na hipótese dos autos, a questão fática distingue-se daquelas anteriormente enfrentadas por esta Corte Superior, na medida em que houve de forma inequívoca e incontroversa a notificação exigida no art. 1.029 CC/02, bem como o transcurso do prazo legal de sessenta dias, de forma que, após essa data – e somente após essa data – a recorrente Sra. Carla deixou de compor o quadro societário da empresa. Daí a questão *sub judice* se distinguir essencialmente dos casos anteriormente julgados, devendo ser mantido o acórdão que reconheceu como data-base para a apuração de haveres o término do prazo legal, data em que houve o efetivo desligamento da sócia retirante em relação a empresa recorrente.

3. Termo inicial dos juros de mora na dissolução parcial.

Por fim, insurgem-se ambos os recorrentes acerca do termo inicial dos juros de mora, fixados na data da citação pelo acórdão recorrido.

O tema não é novo nesta Terceira Turma, que tem jurisprudência tranquila, no que tange à apuração de haveres de sociedade dissolvida sob o pálio do atual Código Civil, no sentido de aplicar o prazo nonagesimal a ser contado desde a liquidação das quotas, salvo a existência de cláusula contratual específica, nos termos do art. 1.031, § 2º, do CC.

Nesse sentido:

Direito societário. Recurso especial. Ação de dissolução parcial de sociedades. Exclusão de sócio. Justa causa. Apuração de haveres. Data-base. Efetivo desligamento. Forma de pagamento. Juros de mora. Termo inicial. Prazo nonagesimal para pagamento. Arts. Analisados: 1.030, 1.031, 1.044 e 1.085 do CC/02.

4. A apuração dos haveres tem por objetivo liquidar o valor real e atual do patrimônio empresarial, a fim de se identificar o valor relativo à quota dos sócios retirante.

5. Para que não haja enriquecimento indevido de qualquer das partes, a apuração deve ter por base para avaliação a situação patrimonial da data da retirada (art. 1.031, CC/02), a qual, na hipótese dos autos, foi objeto de transação entre as partes ao longo da demanda.

6. A retirada do sócio por dissolução parcial da empresa não se confunde com o direito de recesso, que possui hipóteses de incidência restrita e forma de apuração de haveres distinta.

7. A existência de cláusula contratual específica para pagamento de haveres na hipótese de exercício do direito de recesso não pode ser aplicada por analogia, para os fins de afastar a incidência do art. 1.031, § 2º, do CC/02 na situação concreta de retirada do sócio.

8. Os juros de mora eventualmente devidos em razão do pagamento dos haveres devidos em decorrência da retirada do sócio, no novo contexto legal do art. 1.031, § 2º, do CC/02, terão por termo inicial o vencimento do prazo legal nonagesimal, contado desde a liquidação dos haveres.

9. Em face da alteração da proporcionalidade da sucumbência, devem ser redistribuídos o respectivo ônus.

10. Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp n. 1.286.708/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 5/6/2014)

Direito societário. Agravo regimental no recurso especial. Ação de dissolução parcial de sociedades. Exclusão de sócio. Apuração de haveres. Juros de mora. Termo inicial. Prazo nonagesimal para pagamento. Agravo não provido.

1. Decorrido o prazo legal nonagesimal (art. 1.031, § 2º, do CC/02) para pagamento de quota social, contado de sua efetiva liquidação, são devidos juros de mora. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, após transação parcial, a lide teve seguimento quanto à apuração de haveres, devendo considerar-se concluída e liquidados os haveres com a decisão recorrida em especial, momento a partir do qual passam a ser devidos os juros moratórios.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.474.873/PR, de minha relatoria, Terceira Turma, DJe 19/2/2016)

*In casu*, tendo em vista que não há sequer a alegação de eventual cláusula contratual acerca de prazo para pagamento e os valores relativos a apuração de haveres terem sido expressamente vinculados à posterior liquidação da sentença, deve-se reconhecer o desencontro entre a conclusão do acórdão recorrido e o entendimento albergado por esta Corte Superior.

Desse modo, merece parcial provimento o recurso especial da empresa recorrente, a fim de determinar a incidência dos juros de mora após o transcurso do prazo nonagesimal para pagamento, a ser contado da decisão de liquidação de sentença.

Ante o exposto, conheço dos recursos especiais para negar

provimento àquele interposto por Carla Magalhães Pinto Andrade e dar parcial provimento àquele interposto por Reauto Representações de Automóveis Ltda., a fim de determinar a incidência de juros de mora a partir do transcurso do prazo nonagesimal da decisão que decidir a liquidação dos valores relativos à apuração de haveres.

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia terceira turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial interpor por Carla Magalhães Pinto Andrade e deu parcial provimento ao recurso especial interposto por Reauto Representações de Automóveis Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

### IMOBILIÁRIO

#### **INSTITUIÇÃO BANCÁRIA DEVE PAGAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELA CONSTRUTORA, MESMO APÓS A QUITAÇÃO DA UNIDADE JUNTO À EMPRESA**

Superior Tribunal de Justiça  
Recurso Especial n. 1478814/DF  
Órgão Julgador: 3a. Turma  
Fonte: DJ, 15.12.2016  
Relator: Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

### EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil (CPC/1973). Incorporação imobiliária. Alienação fiduciária em garantia. Unidade habitacional já quitada. Aplicação da súmula 308/STJ. Matéria afetada ao rito dos recursos especiais repetitivos. Tema 573. Violação à boa-fé objetiva e à função social do contrato. Ineficácia da garantia perante o adquirente. 1. Controvérsia acerca da eficácia de uma alienação fiduciária em garantia instituída pela construtora após o pagamento integral pelo adquirente da unidade habitacional. 2. Existência de afetação ao rito dos recursos especiais repetitivos da controvérsia acerca do “alcance da hipoteca constituída pela construtora em benefício do agente financeiro, como garantia do financiamento do empreendimento, precisamente se o gravame prevalece em relação aos adquirentes das unidades habitacionais” (Tema 573, DJe 04/09/2012). 3. Inviabilidade de se analisar a aplicação da Súmula 308/STJ aos casos de alienação fiduciária, enquanto pendente de julgamento o recurso especial repetitivo. 4. Particularidade do caso concreto, em que o gravame foi instituído após a quitação do imóvel e sem a ciência do adquirente. 5. Violação ao princípio da função social do contrato, aplicando-se a eficácia transubjetiva desse princípio. Doutrina sobre o tema. 6. Contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva, especificamente quanto aos deveres de lealdade e cooperação, tendo em vista a recusa do banco em substituir a garantia, após tomar ciência de que a unidade habitacional se encontrava quitada. 7. Ineficácia do gravame em relação ao adquirente, autor da demanda. 8. Recurso Especial desprovido.



## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). Luiz Felipe Bulus Alves Ferreira, pela parte recorrida: Luiz Felipe Bulus Alves Ferreira

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016

(Data do Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO

SANSEVERINO

Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Banco de Brasília S/A – BRB em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

Processo civil. Cerceamento de defesa. Carência de ação. Possibilidade jurídica do pedido. Interesse de agir. Legitimidade passiva. Alienação fiduciária. Unidade imobiliária. Adquirente. Dano moral. *Quantum debeatur*. Dano material. Prova. Ausência. Solidariedade. Honorários advocatícios. 1. Descabe a alegação de cerceamento de defesa na hipótese em que, por decisão que não foi objeto de agravo, o juízo determina a conclusão dos autos para a prolação de sentença, ao entender que a questão versa matéria de direito e demanda prova exclusivamente documental. 2. O interesse processual se faz presente na necessidade e utilidade da providência judicial, somada à adequação da via eleita, cujo pedido é apto

a resolver o conflito de interesses apresentado na inicial. 3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitório jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto. 4. A pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da demanda configura-se naquele que resiste ou se opõe à pretensão do Autor. 5. Aplica-se a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça à hipótese em que a Construtora indica como garantia, na modalidade de alienação fiduciária, unidade imobiliária já alienada e quitada por terceiros adquirentes. 6. Conquanto seja certo que o inadimplemento contratual por si só não seja fator hábil a configurar o dano moral, é possível seu reconhecimento quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem o malferimento aos direitos de personalidade do autor. 7. Ausente limite balizador, a indenização pelo dano moral deve ser fixada pelo julgador com o devido comedimento, atingindo um ponto razoável, que nem subestime demasiadamente o valor da reparação econômica, nem faça com que a indenização seja considerada geradora de vantagem exagerada. 8. A condenação em dano material demanda prova robusta, de modo que mera suposição não é suficiente ao reconhecimento do direito, cuja medida não pode ser postergada para a fase de liquidação de sentença. 9. A possibilidade de se divisar a conduta de cada parte, que, *in casu*, acabou gerando a obrigação de fazer e o dever de indenizar, torna despicienda a condenação dos réus de forma solidária. 10. Deve prevalecer incólume o valor fixado pelo juízo a título de honorários advocatícios, mormente quando se revela eficiente e razoável e em observância a norma pre-

vista nos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC. 11. Negou-se provimento ao Recurso. Maioria. (fls. 471 s.)

Em suas razões, a parte recorrente alega violação dos arts. 22, 23 e 25 da Lei 9.514/97, sob o argumento de inaplicabilidade da Súmula 308/STJ à alienação fiduciária de imóvel.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 548/565.

É o relatório.

## VOTO

O exmo. Sr. ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator):

Eminentes colegas, o recurso especial não merece ser provido.

Inicialmente, esclareço que o juízo de admissibilidade do presente recurso será realizado com base nas normas do CPC/1973 e com as interpretações sedimentadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (cf. Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

A controvérsia suscitada nas razões do recurso especial diz respeito à possibilidade de se estender ao instituto da alienação fiduciária em garantia o entendimento consolidado na Súmula 308/STJ, abaixo transcrita:

Súmula 308/STJ – A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Essa controvérsia, porém, não deve ser enfrentada no presente momento, uma vez que os próprios contornos da Súmula 308/STJ podem vir a ser redefinidos no julgamento do REsp 1.175.089/MG, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, em que se afetou ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 a seguinte controvérsia:

Tema 573 – Alcance da hipoteca constituída pela construtora

em benefício do agente financeiro, como garantia do financiamento do empreendimento, precisamente se o gravame prevalece em relação aos adquirentes das unidades habitacionais. (DJe 04/09/2012)

Desse modo, é prudente aguardar o julgamento do repetitivo, antes de se emitir juízo acerca da aplicação extensiva da referida súmula.

Não obstante a pendência desse repetitivo, o caso dos autos apresenta particularidades que permitem a abordagem da controvérsia sob outro prisma, sem necessidade de aplicação da Súmula 308/STJ.

Deveras, conforme constou na sentença, mantida pelo Tribunal *a quo*, a construtora indicou ao banco, como garantia, unidades habitacionais que já haviam sido quitadas, estando pendentes apenas as formalidades registraes.

Posteriormente, a construtora comunicou o “equivoco” ao banco, mas este se recusou a substituir a garantia.

Sobre esse ponto, confira-se o seguinte trecho da sentença:

Depois do pagamento integral do preço, ilegalmente, a Construtora Argus Ltda, primeira ré, deu os imóveis em alienação fiduciária ao BRB, segundo réu, como garantia de empréstimo contraído junto à instituição bancária. Mostra-se por demais evidente a ilegalidade da disposição, pois os imóveis já pertenciam de fato aos autores.

.....

Entendo que ambos os réus são responsáveis pelos danos ocasionados aos proprietário, ora autores. A Construtora Argus Ltda foi a responsável pela indicação dos imóveis dados em garantia do empréstimo tomado junto ao BRB, sabedora de que já haviam sido integralmente quitados pelos verdadeiros proprietários; o Banco de Brasília S/A, de seu turno, resistiu

à substituição dos bens, conforme mencionado na peça de contestação da primeira ré, criando evidente embaraço para o levantamento do gravame vergastado.

Acrescento que a ausência de solução do problema criado pelas requeridas se estendeu desde o ano 2008, quando gravada a alienação fiduciária, até setembro do corrente ano de 2012, quando cumprida a decisão que antecipou a tutela. (fls. 334 s.)

Com base nessas circunstâncias do caso concreto, é possível concluir-se pela ineficácia da alienação fiduciária em relação ao adquirente do imóvel, por ter sido constituído o gravame em desrespeito aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, positivados no seguintes dispositivos do Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

No que tange ao princípio da função social do contrato, observa-se que a incorporação imobiliária cumpre seus fins sócio-econômicos quando o adquirente se torna proprietário da unidade habitacional.

O cumprimento dessa função social, contudo, pode vir a ser frustrado na hipótese em que a construtora (ou incorporadora) institui algum gravame sobre a unidade imobiliária que seria entregue ao adquirente.

Desse modo, em respeito à função social do contrato celebrado entre a construtora e os adquirentes, cumpriria ao banco certificar-se do estágio da incorporação imobiliária na data da concessão do financiamento, e, principalmente, certificar-se de que os adquirentes

tivessem sido informados sobre a instituição do gravame.

É certo que, à primeira vista, essas providências parecem não dizer respeito à atividade do banco, que é a intermediação de capital.

Porém, o princípio da função social do contrato, além de produzir efeitos entre as partes, alcança também terceiros, especialmente em hipóteses como a dos autos, em que há uma evidente conexão entre a alienação fiduciária em garantia e o contrato de compra e venda de unidade imobiliária, de modo que essa interconexão entre os contratos não pode ser ignorada pelas partes.

Trata-se da eficácia transubjetiva da função social do contrato, abordada na doutrina de Judith Martins-Costa nos seguintes termos, *litteris*:

Outro importante grupo de casos diz respeito à consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial.

Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no fenômeno social da interdependência cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica.

Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade.

Exemplifico com os crescentes fenômenos das “redes contratuais” e das conjugações de interesses rubricadas como “parcerias”, a multiplicação dos grupos societários

(formais ou de fato), as associações estratégicas etc., entre tantas outras que a prática apresenta. (Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, maio 2005, p. 41-66)

Cabe esclarecer que não se pretende concluir que a função social do contrato seja suficiente para invalidar qualquer alienação fiduciária celebrada em prejuízo dos adquirentes de unidades habitacionais no regime da incorporação imobiliária, até porque uma conclusão nesse sentido poderia conflitar com o recurso especial repetitivo pendente de julgamento.

A única conclusão que se pretende extrair desse princípio é que ele impõe deveres de conduta às partes contratantes, inclusive em relação a terceiros com interesse na relação negocial entre eles celebrada.

No caso concreto, ao menos um desses deveres (o de informação) não veio a ser cumprido, por culpa da construtora e por negligência do banco, impondo-se a ineficácia do gravame perante o terceiro adquirente do imóvel.

De outra parte, sob o prisma da boa-fé objetiva, observa-se que o banco faltou com o dever de cooperação, pois, mesmo depois de saber que as unidades habitacionais estavam quitadas, recusou-se a substituir a garantia.

Não se quer dizer, com isso, que o banco tenha a obrigação de substituir garantias que lhe tenham sido prestadas, mas apenas que, no caso dos autos, era exigível a substituição, pois o próprio banco foi negligente ao aceitar como garantia unidades habitacionais quitadas.

Conclui-se, portanto, com fundamento nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que a alienação fiduciária em garantia é ineficaz em relação ao autor da demanda, adquirente

da unidade habitacional, como bem entendeu o juízo de origem, secundado pelo Tribunal *a quo*.

Destarte, o recurso especial não merece ser provido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito às normas do CPC/2015 (cf. Enunciado Administrativo n. 3/STJ).

É o voto.

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia terceira turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

### PROCESSO CIVIL

#### PRAZO PARA DEFENSORIA CONTA DO DIA SEGUINTE À ENTRADA DOS AUTOS NO ÓRGÃO

Superior Tribunal de Justiça  
Recurso Especial n. 1636929/MT  
Órgão Julgador: 3a. Turma  
Fonte: DJ, 21.11.2016  
Relator: Ministra Nancy Andrichi

### EMENTA

Civil. Ação de reintegração de posse. Agravo de instrumento. Embargos de declaração. Omissão. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Defensoria pública. Prazo. Prerrogativa legal de intimação pessoal. 1. Ação de reintegração de posse

ajuizada em 07.01.2012. Agravo em Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. 2. Cinge-se a controvérsia a definir o termo inicial para a contagem do prazo recursal para parte representada pela Defensoria Pública do Estado. 3. Ausente o vício do art. 535, II do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5. A Defensoria Pública possui a prerrogativa legal de intimação pessoal das decisões em qualquer processo ou grau de jurisdição, sendo que seus prazos iniciam-se a partir do dia útil seguinte à data da entrada dos autos com vista no referido órgão. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 17 de novembro de 2016 (Data do Julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora

### RELATÓRIO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por (...), com fundamento



na alínea “a” do permissivo constitucional.

Ação: de reintegração de posse, com pedido de liminar, que Barú 21 Empreendimentos Imobiliários LTDA. move contra o recorrente.

Decisão interlocutória: deferiu a liminar vindicada pela recorrida para reintegrá-la na posse da área de terras de 34 hectares e 9.942 metros quadrados, denominada Fazenda Carumbé, situada no Bairro Planalto em Cuiabá/MT.

Acórdão: manteve a decisão monocrática do relator que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto pelo recorrente, pela intempestividade.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados com aplicação de multa.

Recurso especial: alega violação dos arts. 535, II, 538, parágrafo único, do CPC/73; 1º, 128, I, da Lei Complementar Federal n. 80/94; e, 3º, 5º, § 5º e 9º da Lei 1.060/50. Sustenta que os beneficiários da justiça gratuita são isentos do pagamento de todas as custas e despesas processuais, neles incluídos qualquer prejuízo pecuniário como a multa aplicada pela proposição dos seus embargos de declaração. Aduz que a Defensoria Pública tem a prerrogativa da intimação pessoal para a prática de atos processuais, e o seu prazo não deve ter como marco inicial a juntada do mandado de reintegração de posse nos autos. Insurge-se contra a aplicação da multa por embargos de declaração considerados protelatórios.

Contrarrazões apresentadas às fls. e-STJ 102/107.

Prévio juízo de admissibilidade: o recurso foi inadmitido na origem pelo TJ/MT (e-STJ fls. 109/114), tendo sido interposto agravo contra a decisão denegatória, ao qual dei provimento para determinar o julgamento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a definir o termo inicial para a contagem do prazo recursal para parte representada pela Defensoria Pública do Estado.

I – Da violação ao art. 535, II do CPC/73

1. O recorrente alega omissão do acórdão recorrido quanto à análise dos arts. 128, I da Lei Complementar Federal n. 80/94 e 5º, § 5º da Lei 1.060/50.

2. Consta do acórdão:

*In casu*, pensar de forma contrária seria propiciar odiosa desonomia processual, porquanto sendo representado pela Defensoria Pública, o agravante-réu já conta com o prazo em dobro para recorrer. Querer-se que o termo inicial da contagem do prazo recursal tenha início a partir da vista dos autos pelo Defensor é pretender subverter o sistema, quebrando a igualdade material que deve existir entre os litigantes, favorecendo em muito o assistido em detrimento da parte *ex adversa*. (e-STJ fl. 22)

3. Dessa maneira, o art. 535, II do CPC/73 não foi violado, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

II – Da ausência de prequestionamento (violação aos arts. 3º e 9º da Lei 1.060/50 e 1º da Lei Complementar Federal 80/94)

4. Por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita e estar representado pela Defensoria Pública do Estado, destaca o recorrente a sua isenção para qualquer tipo de sanção que importe prejuízo pecuniário, inclusive para a multa aplicada do art. 538 do CPC/73.

5. Entretanto, o acórdão recorrido, apesar da interposição de embargos de declaração, não decidiu acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em seu

recurso especial quanto aos arts. 3º e 9º da Lei 1.060/50 e 1º da Lei Complementar Federal 80/94, o que inviabiliza o seu julgamento. Aplica-se, neste caso, a Súmula 211/STJ.

III – Da violação aos arts. 128, I, da Lei Complementar Federal n. 80/94; e 5º, § 5º da Lei 1.060/50

6. O agravo de instrumento interposto pelo recorrente foi tido por intempestivo, em razão do TJ/MT ter considerado como termo inicial, para fins da contagem do prazo processual para a interposição do recurso pela Defensoria Pública do Estado, a data da juntada do mandado de reintegração liminar nos autos (e-STJ fl. 21).

7. Entretanto, o art. 128, I, da Lei Complementar 80/1994, estabelece como prerrogativa dos membros da Defensoria Pública “receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

8. No julgamento do REsp 1.190.865/MG, esta Turma julgadora entendeu que “tal prerrogativa, inerente aos membros da Instituição, não importa em privilégio descabido. Na verdade, a finalidade da lei é proteger e preservar a própria função exercida pelo referido órgão e, principalmente, resguardar aqueles que não têm condições de contratar um Defensor particular. Não se cuida, pois, de formalismo ou apego exacerbado às formas, mas, sim, de reconhecer e dar aplicabilidade à norma jurídica vigente e válida” (DJe 01/03/2012).

9. Assim, o entendimento consolidado no STJ é no sentido de considerar como termo inicial da contagem dos prazos em face da Defensoria Pública, o dia útil seguinte à data da entrada dos autos

com vista no referido órgão, o que aperfeiçoa a intimação pessoal determinada pelos arts. 128, I, da Lei Complementar 80/94 e 5º, § 5º da Lei 1.060/50.

10. Na hipótese específica, uma vez que a vista dos autos pela Defensoria Pública se deu em 16/02/2012 e o termo inicial da contagem do prazo para interposição do agravo de instrumento se deu em 17/02/2012, tem-se que o agravo de instrumento do recorrente, protocolizado no dia 06/03/2012 (e-STJ fl. 21), atendeu a interpretação desta Corte.

11. Nesse contexto, o Tribunal de origem, ao decidir pela juntada do mandado de reintegração liminar nos autos como termo inicial para a Defensoria Pública do Estado, contrariou o posicionamento do STJ. Nesse sentido: AgRg no AResp 769320/SP, 3ª Turma, DJe 29/06/2016; AgRg no AgRg no Ag 656.360/RJ, 3ª Turma, DJe 24/03/2011; AgRg no Ag 844.560/PI, 5ª Turma, Dj 17.12.2007.

12. Logo, o acórdão recorrido merece reforma.

13. Forte nessas razões, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, com fundamento no art. 255, § 4º, I e III do RISTJ, para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que seja analisada a tempestividade do agravo de instrumento do recorrente conforme entendimento acima exposto.

14. Prejudicada a análise da violação do art. 538 do CPC/73 pela cassação do acórdão, e, conseqüentemente, da multa aplicada.

É o voto.

## CERTIDÃO

Certifico que a egrégia terceira turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

## PENAL E PROCESSO PENAL

### DESCRIÇÃO MINUCIOSA E DETALHADA DAS CONDUTAS DE CADA AUTOR É DISPENSÁVEL NOS CRIMES SOCIETÁRIOS

Supremo Tribunal Federal  
Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 136.822/RJ  
Órgão Julgador: 1a. Turma  
Fonte: DJ, 19.12.2016  
Relator: Ministro **Luiz Fux**

## EMENTA

Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. Penal e processual penal. Crime contra ordem tributária. Crime societário. Artigo 1º, II, da Lei n. 8.137/90. *Habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Competência do supremo tribunal federal para julgar *habeas corpus*: CRFB/88, art. 102, I, D e I. Hipótese que não se amolda ao rol taxativo de competência desta suprema corte. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Negativa de autoria. Análise de fatos e provas. Vedação. Alegação de ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ausência de teratologia no ato impugnado. Atuação *ex officio* do STF inviável. Revolvimento do

conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Agravo regimental desprovido. 1. Nos crimes societários é prescindível a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, bastando a descrição do fato típico, das circunstâncias comuns, os motivos do crime e indícios suficientes da autoria ainda que sucintamente, a fim de garantir o direito à ampla defesa e contraditório. Precedentes: HC 118.891, Primeira Turma, Relator Min. Edson Fachin, DJe 20/10/2015, HC 116.781, Segunda Turma, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 15/04/2014, HC 101.754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 25/06/10. 2. A negativa de autoria do delito não é aferível na via do *writ*, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, minha relatoria, DJe 24/09/13; HC 114.616, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/09/13. 3. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 101.754, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/06/10; HC 92.959, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11/02/10. 4. *In casu*, os pacientes foram denunciados pela prática, em continuidade delitiva, do crime tributário previsto no artigo 1º, II, da Lei n. 8.137/90, em virtude de haverem fraudado a fiscalização tributária, omitindo receita relativa a saídas de mercadorias tributadas em documento exigido pela lei fiscal, creditando-se, indevidamente, do ICMS incidente sobre tais operações, o que teria resultado

em prejuízo à Fazenda Estadual superior a 2 (dois) milhões de reais. 5. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 6. Agravo regimental desprovido.

## ACÓRDÃO

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 2 a 8/12/2016, por maioria, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 9 de dezembro de 2016.

LUIZ FUX – RELATOR

Documento assinado digitalmente

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de R. G. Z. F. e X. G. Z. F. contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, sintetizado na seguinte ementa, *verbis*:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Delito societário. Falta de individualização da conduta dos recorrentes. Peça inaugural que atende aos requisitos legais exigidos e descreve crime em tese. Ampla defesa garantida. Inépcia não evidenciada. Constrangimento afastado.

1. A hipótese cuida de denúncia que narra supostos delitos praticados por intermédio de pessoa jurídica, a qual, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais.

2. Embora em um primeiro momento o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

3. E ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, é certo que a personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria é atribuída aos recorrentes devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

5. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

6. No caso dos autos, de acordo com a peça vestibular, os recorrentes, na qualidade de administradores da Drogaria Principal do Bairro Ltda., teriam fraudado a fiscalização tributária, omitindo receita relativa a saídas de mercadorias tributadas em documento exigido

pela lei fiscal, creditando-se, indevidamente, do ICMS incidente sobre tais operações, o que teria resultado em prejuízo à Fazenda Estadual superior a 2 (dois) milhões de reais, descrição que atende de forma satisfatória as exigências legais para que se garanta ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nulidade da decisão que recebeu a denúncia. Pronunciamento judicial que fez alusão a inquérito policial inexistente. Mero erro material.

1. De acordo com entendimento já consolidado nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em regra, a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão da sua natureza interlocutória.

2. Na espécie, a simples menção a um procedimento inquisitorial inexistente não é capaz de macular o ato por meio do qual a inicial foi recebida, pois, além de se estar diante de evidente erro material, trata-se de provimento judicial que, como visto, não precisa de motivação extensa, o que afasta a eiva articulada na irresignação.

Falta de justa causa para a persecução criminal. Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. Débito fiscal inscrito em dívida ativa. Inexistência de ofensa ao verbete 24 da súmula vinculante. Desprovimento do reclamo.

1. Na hipótese, a constituição definitiva do crédito tributário é fato incontroverso, já que foi objeto, inclusive, de inscrição na dívida ativa, mostrando-se atendida, por conseguinte, a exigência contida na Súmula Vinculante 24, *verbis*: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.



2. Recurso desprovido.”

Colhe-se dos autos que os pacientes foram denunciados como incurso nas sanções do artigo 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 por 45 (quarenta e cinco) vezes.

Narra a denúncia que, consoante auto de infração, os pacientes, na condição de sócios administradores da empresa, deixaram de emitir notas fiscais de venda de mercadorias, em continuidade delitiva, fatos que restaram comprovados mediante em procedimento administrativo fiscal.

A defesa impetrou *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais pugnando pelo trancamento da ação penal, o qual teve seu seguimento negado.

Inconformada, a defesa impetrou novo *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça, sustentando, em síntese, ausência de justa causa para a ação penal. A impetração foi desprovida.

No presente *writ*, a defesa reitera que a denúncia é inepta alegando existência de constrangimento ilegal consubstanciado: i) na suposta violação ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal porquanto a peça acusatória seria genérica; ii) na apontada nulidade ocorrida no ato de recebimento da denúncia; e iii) na ausência de constituição definitiva do crédito tributário.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para “seja trancado o processo n. 0251716-55.2015.8.19.0001”.

O presente *writ* teve seu seguimento negado por decisão de minha relatoria, decisão essa que restou assim ementada, *verbis*:

“*Habeas corpus*. Penal e processual penal. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, II, da Lei n. 8.137/1990. *Habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Competência do supremo tribunal fede-

ral para julgar *habeas corpus*: CF, art. 102, I, ”D” e “I”. Rol taxativo. Inexistência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita.

– Seguimento negado, com esteio no artigo 21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame do pedido de liminar.

– Ciência ao Ministério Público Federal.”

Negado seguimento ao *habeas corpus*, ante a ausência de teratologia no ato impugnado, sobrevém o presente recurso em que o agravante repisa os mesmos argumentos do pleito inicial, arguindo nulidade do recebimento da peça acusatória e ao final requer:

“a) Que seja o presente recurso recebido, para que Vossa Excelência no Juízo de retratação, conceda seguimento ao HC, com oportuna análise das questões elencadas, o qual, por seu turno traz a “vexata quaestio” de maneira mais abrangente e vigorosa para a perpetuação da mais hialina justiça;

b) Caso Vossa Excelência não entenda pela reconsideração da decisão, pugna os agravantes que este Agravo Regimental seja apreciado pelo Plenário deste Excelso Pretório conforme previsão do 317 do RI deste Tribunal para que seja trancado o processo n. 0251716-55.2015.8.19.0001 distribuído ao juízo coator. Fazendo isso, esse colendo Tribunal estará renovando seus propósitos de distribuir a tão almejada Justiça!”.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A presente irrisignação não merece prosperar.

Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta evidenciado das razões recursais que o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual deve ela ser mantida, por seus próprios fundamentos.

*Ab initio*, verifica-se que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *Habeas Corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I processar e julgar, originariamente: (...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

...

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

*In casu*, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 1º/10/99, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

“Protesto judicial formulado contra deputado federal – medida destituída de caráter penal (CPC, art. 867) – ausência de competência originária do supremo tribunal federal – recurso de agravo improvido.

A prerrogativa de foro – Unicamente invocável nos procedimentos de caráter penal – Não se estendem às causas de natureza civil.

– As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.

A competência do Supremo Tribunal Federal – Cujos fundamentos repousam na constituição da república – Submete-se a regime de direito estrito.

– A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações

declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.”

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados – Súmula Vinculante e Repercussão Geral – com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus*, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no HC 110.055/MG, que capitaneou a mudança de

entendimento na Primeira Turma, *verbis*:

“Essa óptica há de ser observada, também, no que o acórdão impugnado foi formalizado pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário constitucional em *habeas corpus*.

De duas, uma: ou há, no acórdão proferido, quadro a ensejar a interposição de recurso extraordinário, ou não há. Descabe a volta a estágio anterior, que é o do ajuizamento originário do *habeas corpus*.

No mais, ante os parâmetros fáticos e legais, não existe campo para a concessão da ordem de ofício. Extingo o processo sem o julgamento do mérito” (HC 110.055/MG, Primeira Turma, DJe de 9/11/12).

No mesmo sentido, firmou-se o entendimento da Primeira Turma desta Corte no sentido da inadmissibilidade da utilização do *habeas corpus* como substitutivo de recurso extraordinário, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. *Writ* extinto. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. Crimes de supressão de documento particular (CP, art. 305) e violência arbitrária (CP, art. 322). Prescrição retroativa intercorrente, pela pena concretamente aplicada, na pendência de recurso exclusivo da defesa. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva reconhecida (CP, art. 110, § 1º). Ordem concedida de ofício, com extensão dos efeitos da decisão a corréu em idêntica situação (CPP, art. 580). 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraor-

dinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC n. 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do *habeas corpus* em casos semelhantes.

2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado de *habeas corpus* como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que se evidencia na espécie. 3. *Habeas corpus* extinto, por inadequação da via eleita. 4. A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da condenação para a defesa, regulando-se pela pena concretamente cominada aos crimes, nos termos dos art. 110, § 1º, do Código Penal. 5. Tendo sido condenado o ora paciente a penas privativas de liberdade inferiores a dois (2) anos, o prazo de prescrição, pela pena imposta, após o trânsito em julgado, para a acusação é de quatro (4) anos (CP, art. 109, V). 6. *Habeas corpus* deferido para declarar-se ocorrente a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, e, em consequência, para decretar-se a extinção da punibilidade do ora paciente pelos delitos dos arts. 305 e 322 do Código Penal, com extensão da decisão a corréu em idêntica situação (CPP, art. 580). 7. Ordem concedida de ofício”. (HC 106.158/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 9/8/2013).

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. *Writ* extinto, em face da inadequação da via eleita. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira

Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC n. 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do *habeas corpus* em casos como esse. 2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se evidencia na espécie. 3. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita.” (HC 113.805/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 15/4/2013).

“*Habeas corpus*. Crimes contra o patrimônio. Roubos circunstanciados. Tentativa de furto qualificado. Quadrilha. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Prisão preventiva mantida na sentença condenatória. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em *habeas corpus* remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional não cabe, em decorrência, a utilização de novo *habeas corpus*, em caráter substitutivo. 2. Havendo condenação criminal, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, ou seja, um juízo efetuado, com base em cognição profunda e exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes

do julgamento. 3. Se as circunstâncias concretas do crime indicam o envolvimento do paciente em organização criminosa numerosa, bem estruturada, voltada à prática de crimes graves, tais como, tráfico de drogas, roubo de cargas, furtos de caixas eletrônicos, aquisição de armas, a periculosidade e risco de reiteração delitiva está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, à luz do art. 312 do CPP. Precedentes. 4. Ordem denegada.” (HC 118.981/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 19/11/2013).

“*Habeas corpus*. Processual penal. Substitutivo de recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Crimes de roubo majorado e de corrupção de menores. Sentença condenatória. Regime prisional. Supressão de instância. Prisão preventiva. Motivação genérica e abstrata. Concessão da ordem de ofício. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em *habeas corpus* remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo *habeas corpus*, em caráter substitutivo. 2. Inviável a apreciação de questão não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 3. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura ou a manutenção em liberdade do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 4. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribu-



nal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 5. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da ordem, para revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feitiço legal.” (HC 130.916, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20/06/2016).

Demais disso, impende considerar que no caso inexistente excepcionalidade que permita a concessão da ordem de ofício, ante a ausência de teratologia na decisão atacada, flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

Ressalta-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela excepcionalidade do trancamento de ação penal pela via estreita do *habeas corpus*, somente possível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, pelo que trago à colação voto de minha relatoria, referente ao RHC 119.607, DJe 12/11/2013, *in verbis*:

“Penal e processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. 1. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 101754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 24.06.10; HC 92959, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 11.02.10. 2. “A denúncia que contém condição efetiva que autorize o denun-

ciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia” (HC 94.272, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes de Direito, DJe de 27.03.09). No mesmo sentido: HC 101.066, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 02.05.12; HC 96.608, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 04.12.09; HC 94.160, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe de 22.08.08; HC 89.433, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 06.11.06. 3. *In casu*, narra a denúncia que “os denunciados, agindo livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios, utilizando-se de arma de fogo, efetuaram vários disparos contra a vítima, Sr. Cícero Gomes de Almeida, conhecido por ‘Moinho’, causando-lhe a morte, conforme dispõe a perícia tanatoscópica de fls. 65. Conforme revelação evidente dos autos, a vítima Sr. Cícero, taxista, estava trabalhando na Praça Marcos Freire, Ponte dos Carvalhos, nesta cidade, quando foi solicitado pro dois indivíduos desconhecidos para conduzi-los com o destino ao Cabo. Porém, ao chegar nas imediações do Mac. Petróleo, neste município, houve um tiroteio entre os dois indivíduos que estavam no interior do veículo da vítima e policiais. Após tal acontecimento, a vítima segundo informações, foi executada pelos denunciados, quando encontrava-se embaixo de uma carreta para proteger-se, chegando a pedir que não a matassem, alegando que não era assaltante, mas não adiantou, pois os acusados efetuaram vários disparos de arma de fogo em sua direção. Mesmo diante da gravidade dos ferimentos, a vítima ainda chegou a ser socorrida para o Hospital Mendo Sampaio, nesta Cidade, onde falecera”. 4. O erro quanto

à pessoa não isenta o réu de pena (art. 20, § 3º, do Código Penal). 5. Destarte, a peça acusatória descreve satisfatoriamente a conduta praticada pelo recorrente, de modo a permitir o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Por conseguinte, não há falar em inépcia da denúncia. 6. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento”.

Por sua vez, a inépcia da inicial tem relação com o princípio constitucional do devido processo legal e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV da Constituição).

Os parâmetros legais para a admissão da acusação estão descritos nos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. O primeiro, de conteúdo positivo, estabelece as matérias que devem constar da denúncia, já o segundo, de conteúdo negativo, estipula que o libelo acusatório não pode incorrer nas impropriedades a que se reporta.

Com efeito, a denúncia ou queixa que não contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e a classificação do crime, impede o exercício da ampla defesa, na medida em que submete o paciente a persecução penal privando-o do contexto sobre o qual se desenvolverá a relação processual.

Por outro lado, presente a justa causa, isto é, havendo indícios suficientes de materialidade e autoria, nada há de ilegal no constrangimento que representa responder a um processo crime.

*In casu*, a controvérsia cinge-se à existência ou não da exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, notadamente pela suposta não indicação individualizada da conduta dos pacientes na empreitada criminosa.

O Supremo Tribunal Federal asseverou que, em crimes societários, é dispensável a descrição pormeno-

rizada da conduta de cada acusado, sendo suficiente que a denúncia, demonstrando o vínculo destes com a sociedade comercial envolvida, narre as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa, o que deve ser analisado caso a caso, *verbis*:

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via. Não conhecimento. Ação penal. Delito societário. Crime de autoria coletiva. Denúncia genérica. Inépcia. Inocorrência. Observância do art. 41 do CPP. Suficiente descrição do fato tido como criminoso. Poder de gestão na pessoa jurídica. Indício mínimo de autoria. Não concessão da ordem de ofício. 1. Não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal. 2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. 4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. 5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica. 6. *Habeas corpus* não conhecido”. (HC 118.891, Primeira Turma, Relator Min. Edson Fachin, DJe 20/10/2015)

“Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra a or-

dem tributária (art. 1º, II, c/c o art. 11, da Lei 8.137/90). Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Negativa de autoria. Análise de fatos e provas. Vedação. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita. 1. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 101754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 24.06.10; HC 92959, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Brito, DJ de 11.02.10. 2. A denúncia, na hipótese de crime societário, não precisa conter descrição minuciosa e pormenorizada da conduta de cada acusado, sendo suficiente que, demonstrando o vínculo dos indiciados com a sociedade comercial, narre as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. Precedentes: HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14.02.12; HC 101.754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 25.06.10; HC 101.286, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 25.08.11; HC 97.259, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 26.02.10; HC 98.840, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 25.09.09. 3. *In casu*, narra a denúncia que a paciente e o corréu, na condição de sócios administradores da empresa Dragaléia Medicamentos e Perfumaria Ltda.-ME, em tese, “dolosamente omitiram da escrita fiscal da empresa autuada valores de ICMS devido por substituição tributária quando da aquisição de produtos farmacêuticos da empresa DROGAVIDA

desacobertados de documentação fiscal”, causando um prejuízo aos cofres públicos de R\$ 103.304,28 (cento e três mil, trezentos e quatro reais e vinte e oito reais), que, acrescido dos encargos legais, alcançou a monta de R\$ 439.889,80 (quatrocentos e trinta e nove mil oitocentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos). 4. A negativa de autoria do delito não é aferível na via do *writ*, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 24.09.13; HC 114.616, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17.09.13. 5. *In casu*, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso ordinário lá interposto, assentou que, “a princípio, e nos estreitos lindes documentais, é possível divisar, sim, que a recorrente detinha poderes de gestão da pessoa jurídica, pela qual se teria perpetrado a sonegação fiscal”. Destarte, a análise dos poderes da paciente na sociedade empresária demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. 6. Ordem de *habeas corpus* extinta por inadequação da via eleita”. (HC 122.450, Primeira Turma, minha relatoria, DJe 20/11/2014)

“*Habeas corpus*. Direito penal e processual penal. Impetração contra decisão monocrática do superior tribunal de justiça. Não esgotamento de jurisdição. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, i, da Lei 8.137/90. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. 1. Há óbice ao conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de *writ*, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou, ausente o manejo de agravo regimental. Precedentes. 2. Não se

exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 3. A jurisprudência desta Suprema Corte é no sentido de que “A denúncia, na hipótese de crime societário, não precisa conter descrição minuciosa e pormenorizada da conduta de cada acusado, sendo que, demonstrando o vínculo dos indicados com a sociedade comercial, narre as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa” (HC 122.450/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 20.11.2014). 4. A denúncia, na hipótese, revela ocorrência de fato típico com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, de modo a possibilitar o pleno exercício da defesa. 5. O trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos, quando manifesta a atipicidade da conduta, a presença de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas. 6. *Habeas corpus* extinto sem resolução do mérito”. (HC 128.031, Primeira Turma, Relator Min. Rosa weber, DJe 22/09/2015)

“Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Concessão da ordem para que o STJ conheça da impetração lá formulada. Inviabilidade. Trancamento da ação penal. Delitos tributários (art. 1º, I e II, da Lei 8.137/1990). Inépcia da inicial acusatória. Crime societário. Falta de indicação individualizada das condutas. Inocorrência. Denúncia geral e não genérica. *Habeas corpus* denegado. 1. As premissas apresentadas na impetração não correspondem à realidade dos fa-

tos. O STJ não negou seguimento ao *habeas corpus* por se tratar de mera reiteração de outro; apenas aplicou o entendimento desenvolvido em uma impetração formulada em favor de um corréu, no qual também se buscava o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. Inviável, portanto, a concessão da ordem para que o STJ conheça da impetração. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do *habeas corpus*, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade. 3. A inicial acusatória indica os elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação e, por consequência, suficientes para dar início à persecução penal, além de permitir ao paciente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal. 4. Não há como avançar nas alegações postas na impetração, que, a rigor, pretende o julgamento antecipado da ação penal, o que configuraria distorção do modelo constitucional de competência. Assim, caberá ao juízo natural da instrução criminal, com observância do princípio do contraditório, proceder ao exame das provas colhidas e conferir definição jurídica adequada para os fatos que restarem comprovados. Não convém antecipar-se ao pronunciamento das instâncias ordinárias. 5. Ordem denegada”. (HC 116.781, Segunda Turma, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 15/04/2014)

“*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONDOTA SUFICIENTE-

MENTE INDIVIDUALIZADA. INEXISTÊNCIA. DEPÓSITO EM AÇÃO ANULATÓRIA DO DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE QUESTÃO PREJUDICIAL. MATÉRIA NÃO TRATADA NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Suprema Corte tem admitido ser dispensável, nos crimes societários, a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando que a peça acusatória narre, no quanto possível, as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. 2. A conduta do paciente foi suficientemente individualizada, ao menos para o fim de se concluir pelo do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. 3. O trancamento de ação penal só se verifica nos casos em que há prova evidente da falta de justa causa, seja pela atipicidade do fato, seja por absoluta carência de indício de autoria, ou por outra circunstância qualquer que conduza, com segurança, à conclusão firme da inviabilidade da ação penal. Precedentes. 4. Para se evitar o *ius puniendi* estatal, o paciente deveria ter promovido o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, conforme estabelece o art. 34 da Lei 9.249/95. 5. A alegação de existência de questão prejudicial externa (art. 93 do CPP) decorrente da propositura de ação anulatória de débito fiscal não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza o seu conhecimento por esta Suprema Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado na parte conhecida” – Sem gritos no original”. (HC 101.754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 25/06/10)



Daí conclui-se que, em crimes de estrutura complexa, o ordenamento processual penal veda a responsabilidade penal objetiva, aquela que decorre exclusivamente da relação de propriedade entre a pessoa física e jurídica mediante a qual se praticou o crime.

*In casu*, a denúncia descreve satisfatoriamente as condutas criminosas praticadas pelos acusados, premissa bem assentada pelo Superior Tribunal de Justiça no indigitado ato coator, sob a seguinte fundamentação:

“[...]”

No caso dos autos, não se constata qualquer defeito na denúncia capaz de impedir ou reduzir o direito de defesa garantido aos acusados, pois a peça preenche os requisitos legais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, de acordo com a peça vestibular, os recorrentes, na qualidade de administradores da Drogaria Principal do Bairro Ltda., teriam fraudado a fiscalização tributária, omitindo receita relativa a saídas de mercadorias tributadas em documento exigido pela lei fiscal, creditando-se, indevidamente, do ICMS incidente sobre tais operações, o que teria resultado em prejuízo à Fazenda Estadual superior a 2 (dois) milhões de reais (e-STJ fl. 6 do Apenso 1).

Percebe-se, portanto, que a descrição dos fatos exposta pelo órgão ministerial na exordial atende de forma satisfatória os requisitos legais exigidos para que se garanta ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório.

“[...]”

Melhor sorte não socorre a defesa no tocante à vislumbrada nulidade da decisão que recebeu a denúncia, que teria se apoiado em prova inexistente nos autos, o que revelaria a falta de justa causa para a persecução criminal. Com efeito,

o entendimento desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, é desnecessária fundamentação complexa na decisão que recebe a denúncia, porquanto o referido ato é classificado como despacho meramente ordinatório, não se submetendo, portanto, ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

“[...]”

Finalmente, razão não assiste à defesa quanto à indigitada falta de constituição definitiva do crédito tributário, o que impediria a deflagração da persecução penal em exame.

É que, consoante o documento de fl. 125 do Apenso 1, a denúncia (e-STJ fl. 6 do Apenso 1) e o acórdão objurgado, o crédito tributário em questão foi inscrito em dívida ativa aos 26.2.2010 (e-STJ fl. 50), motivo pelo qual a impugnação acostada aos autos pelos recorrentes, e recebida pela Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro aos 3.1.2012, não é suficiente para afastar a conclusão de que já houve o esgotamento da via administrativa, encontrando-se, portanto, atendida a exigência contida no verbete 24 da Súmula Vinculante [...]”

Com efeito, é possível o exercício do contraditório e ampla defesa sobre os fatos narrados no libelo, uma vez que a denúncia delinea suficientemente o fato criminoso e suas circunstâncias, bem como porque está calcada em elementos de informação aptos a demonstrar a materialidade do delito e indícios de autoria e, bem ainda, pois aponta os pacientes como sócios administradores da empresa.

Dito isso, a questão da prática ou não das condutas descritas na inicial se traduz no próprio mérito da ação penal, isto é, sobre esses fatos se desenvolverá a instrução processual e a produção probatória.

Desse modo, preenchidos os pressupostos do artigo 41 do Código Penal e não incorrendo nas vedações do artigo 395 do Código de Processo Penal, a denúncia é apta ao desenvolvimento da persecução penal. A controvérsia da participação/autoria dos pacientes na empreitada criminosa diz respeito ao próprio mérito da pretensão punitiva, cujo espaço natural de construção e debate é a instrução processual perante o Juízo Natural e não em sede de *habeas corpus*.

Logo, não demonstrada, de forma inequívoca a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade e preenchidos os requisitos para o recebimento da denúncia, o desenvolvimento da ação penal na origem não se revela constrangimento ilegal.

Por fim, eventual o exame da matéria suscitada pelos pacientes, com vistas a sub-rogar o entendimento das instâncias inferiores, ensejam, de igual maneira, o revolvimento do conjunto fático-probatório engendrado nos autos. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. Nesse sentido:

“Penal e processual penal. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas Corpus*. Recorrente condenado pela prática dos crimes de falsidade ideológica (art. 299, c/c art. 61, ii, alínea “g”, do código penal), peculato (art. 312, *caput*, c/c art. 61, ii, alínea “g”, do código penal) e prevaricação (art. 319, c/c art. 61, ii, alínea “g”, do Código Penal). Interceptações telefônicas. Alegação de nulidades. Razões apreciadas no julgamento de impetrações anteriores. Mera reiteração. Inadmissibilidade de novo *writ*. Reapreciação de acervo probatório em sede de *habeas corpus*. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido. 1. O *habeas corpus* é inadmissível quando se

trata de mera reiteração das razões de medida anteriormente impetrada nesta Corte. Precedentes: HC 103693-AGR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 2/12/2010; HC 100279-AGR, rel. min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 27/11/2009; HC 82587/RJ, rel. min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 7/8/2009; HC 97475- AGR/MG, rel. min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 3/2/2009. 2. *In casu*, o recorrente reitera a alegação de nulidade das interceptações telefônicas que compuseram o acervo probatório dos autos da ação penal de origem e embasaram a sua condenação pela prática dos crimes de falsidade ideológica, peculato e prevaricação, cuja legalidade já foi confirmada em julgamentos anteriores desta Corte. 3. A pretensão de apreciação do acervo probatório é vedada na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes: HC 106393, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; RHC 98731, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009. 4. No caso, o conteúdo dos áudios mencionados na denúncia e que serviram de fundamento para a condenação é matéria cuja análise se revela inviável na via do *writ*. 5. Agravo regimental desprovido.” (RHC 113.089-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 05/09/2014).

“Agravo Regimental em *Habeas Corpus*. Direito processual penal e direito penal. Violação de direito autoral. Artigo 184, § 2º, do código penal. Laudo pericial. Materialidade delitativa. Reexame do conjunto fático-probatório. Inviabilidade. 1. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não per-

mite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório ensejador da condenação criminal. Precedentes. 2. Este Supremo Tribunal Federal não vem admitindo a utilização de *habeas corpus* com o fim de desconstituir o laudo pericial que atestou a falsidade dos objetos apreendidos para fins da persecução penal do crime art. 184, § 2º, do Código Penal, sob pena de indevido revolvimento do conjunto probatório (HC 121.355/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 26.5.2014; e HC 118.265/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 18.11.2013). 3. O vasto acervo fático-probatório ensejador do édito condenatório, além de submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa, foi amplamente apreciado por órgão julgador imparcial e reexaminado pelo Tribunal de Apelação, soberanos na análise de provas, quanto à autoria e materialidade delitivas. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.” (RHC 125.391-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 26/05/2015).

*Ex positis*, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental. É como voto.

### VOTO

O senhor Ministro Marco Aurélio – O *habeas corpus* é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento da Turma. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Provejo o agravo para que o *habeas corpus* tenha sequência.

### EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, Sessão Virtual de 2 a 8.12.2016.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Carmen Lilian Oliveira de Souza Secretária da Primeira Turma

## TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

### MANTIDA A RESPONSABILIDADE DE CONSTRUTORA POR ACIDENTE EM ÔNIBUS CONTRATADO PARA TRANSPORTE DE FUNCIONÁRIOS

Tribunal Superior do Trabalho  
Recurso de Revista n. 112000-80.2008.5.01.0204

Órgão Julgador: 2a. Turma

Fonte: DJ, 09.12.2016

Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva

### EMENTA

Indenização. Dano moral. Acidente de trânsito ocorrido em transporte contratado pela empregadora para condução dos empregados ao local de trabalho. Responsabilidade civil. Cinge-se a controvérsia a saber o grau de responsabilidade da empregadora pelo acidente sofrido pelo empregado durante o trajeto ao local de trabalho em transporte contratado pela reclamada, para fins de indenização por danos morais. A jurisprudência desta Corte tem decidido que a responsabilidade do empregador é objetiva no caso em que o acidente de trânsito ocorre durante o transporte do empregado em veículo fornecido pela empresa, com fundamento nos arts.

734 e 735 do Código Civil (aplicáveis ao Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT), porquanto o empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao transportador, assumindo o ônus do transporte do empregado ao local de trabalho e os riscos por eventuais acidentes ocorridos no trajeto, ainda que por culpa exclusiva de terceiro. Desse modo, diante da responsabilidade fixada por lei para o transportador, é perfeitamente aplicável à hipótese dos autos o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil – teoria do risco. Ressalta-se que, nos termos dos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil, o empregador responde pelos atos praticados por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, ainda que não haja culpa de sua parte. Portanto, não há falar em ofensa aos artigos 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal e 927, parágrafo único, do Código Civil.

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-112000-80.2008.5.01.0204, em que é Recorrente IESA ÓLEO E GÁS S.A. e Recorrido E. B.

Adoto o relatório proposto pelo eminente Ministro Relator do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

“O Egrégio Tribunal Regional da Quinta Região, por intermédio do v. acórdão de seq. 1, págs. 425/437, deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para deferir ao autor indenização por danos morais no importe de R\$10.000,00.

A reclamada interpôs recurso de revista, pelas razões de seq. 1, págs. 441/451. Postula a reforma do julgado quanto ao tema: indeni-

zação – dano moral – acidente de trânsito ocorrido no trajeto para o trabalho. transporte fornecido pelo empregador, por violação aos artigos 7º, XXVIII, da Constituição Federal e 927 do Código Civil e por divergência jurisprudencial.

Contrarrazões apresentadas às págs. 462/466, seq. 1.

Dispensado o parecer da d. Procuradoria-Geral, nos termos do artigo 83, § 2º, item II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.”

### VOTO

Indenização. Dano moral. Acidente de trânsito ocorrido em transporte contratado pela empregadora para condução dos empregados ao local de trabalho. Responsabilidade civil. Conhecimento

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

“O reclamante relatou, em sua petição inicial, que foi admitido em 27 de julho de 2006, para exercer a função de caldeireiro, tendo sido dispensado em 09/07/2007.

Esclareceu que, durante toda a vigência do seu contrato de trabalho, exerceu suas atividades nas dependências da Refinaria de Petróleo de Duque de Caxias – REDUC.

Aduziu que em dezembro de 2006, ao chegar às instalações da REDUC, pegou o ônibus circular da empresa Dom Bosco, disponibilizado pela reclamada para o transporte de seus funcionários, em direção ao seu local de trabalho, a oficina de unidade de enxofre.

Relatou que durante o percurso o veículo se chocou com um quebra-molas, o que o arremessou para o alto, tendo, na descida, batido com as mãos no ferro de apoio do assento, o que lhe causou uma patologia na mão direita, que lhe rendeu a concessão de vários benefícios de auxílio-doença, sendo

esclarecido, ainda, que a ré não emitiu a Comunicação de Acidente de Trabalho.

Defendendo-se (fl. 128/131), a reclamada alegou que o reclamada não comprovou a ocorrência de dano, sendo indevida a indenização postula.

A ata de audiência de fl. 232 consigna o deferimento da realização de prova pericial, tendo sido, em razão disso, apresentado o laudo pericial de fls. 246/257 que atesta que o autor é portador de uma Distrofia Impálicoreflexa (DSR) que atinge o 1º quirodáctilo direito, incluindo o metacarpiano, é que a DSR é geralmente pós-traumática, estando relacionada com o acidente relatado (quesito 3, fl. 253) e que o autor está incapacitado para o trabalho.

O MM. Juízo de origem julgou improcedente a pretensão autoral, pelos seguintes fundamentos:

‘Restou demonstrado nos autos que o acidente sofrido pelo reclamante foi ocasionado pelo motorista do transporte contratado pela ré, empresa Dom Bosco, que conduzia o reclamante e demais empregados ao local de trabalho.

O reclamante acionou a empresa Dom Bosco no Juízo Cível, como noticiado pelo próprio na petição de fls. 208/209 consultando o andamento da mesma verifica-se que prolatada sentença, condenando a empresa de transporte a indenizar o reclamante, em fase de recurso.

Não obstante a legislação previdenciária reconhecer o acidente de trabalho não há que se falar em indenização decorrente de dano material ou moral, vez que a Constituição da República em seu art. 7º, inciso XXVIII, segunda parte, ao versar sobre o acidente de trabalho, assegura ao empregado o direito à indenização pelo empregador quando este incorrer em do/o ou culpa. É certo que o em-



pregador que fornece transporte ao empregado é responsável por eventual acidente ocorrido no trajeto, todavia sua responsabilidade seria subsidiária, por culpa *in eligendo*. A responsabilidade direta é da empresa de transporte, responsável pelo mal causado ao autor. No caso dos autos, o reclamante optou por ajuizar a ação no cível, sem incluir o empregador como responsável subsidiário, o que lhe permitiria ampliar suas garantias de recebimento. Destarte, improcedem os pedidos de dano material e moral por ausência de culpa da ré’

A conclusão, data venha, comporta reparos.

De plano, cumpre esclarecer que acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho, permanente ou temporária.

Consideram-se também acidente do trabalho a doença profissional (produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho) e a doença do trabalho (adquirida ou desencadeada em função das condições especiais de trabalho).

A responsabilidade por dano decorrente de acidente de trabalho, seja material ou moral, exige a demonstração da presença de culpa do empregador.

Nesse sentido o art. 7º, inciso XXVIII, da CF/88, regula expressamente a matéria, nos seguintes termos:

‘Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros

que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização/a que este está obrigado, quando incorrerem dolo o culpa’.

Não há como, portanto, contrariar expressa previsão constitucional que, ao prever a possibilidade de indenização por acidente de trabalho, condiciona seu cabimento à existência de dolo ou culpa do empregador.

Contudo, esta não é a única hipótese de responsabilização civil.

Conforme o que dispõe o art. 927 do atual Código Civil, há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, *in verbis*:

‘Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’.

Nos presentes autos, restou incontroverso que o autor sofreu acidente de trabalho, quando se encontrava em transporte fornecido pela ré, estando incapacitado para o trabalho.

Conclui-se, assim, independentemente da ação movida pelo reclamante em face da empresa de transporte, e a fixação da responsabilidade desta pelos danos causados, que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 186 do Código Civil, o que determina o deferimento de uma indenização por danos morais.

Não faz jus ao autor, no entanto, a indenização por danos materiais, a uma, porque, como consta do laudo pericial de fl. 251, ‘não comprovou, nos autos, despesas com materiais e equipamentos, bem como despesas médicas e hospitalares’ e, a duas, porque a r. sentença deferiu

a reintegração do autor (vide fl. 294 verso).

Resta a fixação do valor da indenização por danos morais.

A fixação do valor da indenização por danos morais, embora não obedeça a critérios objetivos, deve ser pautada por parâmetros já consagrados na doutrina e jurisprudência pátrias, tais como: a extensão do ato ilícito, a gravidade do dano, a culpa do agente, o potencial econômico do ofensor e ainda servir como forma de repressão em relação ao causador do dano.

Nesse contexto, fixo o valor da indenização em R\$ 10.000,00, considerando o tempo do contrato de trabalho do reclamante (27/07/2006 a 09/07/2007), a sua última remuneração (R\$ 1.543,73) e a gravidade da falta.

Dou provimento” (págs. 427-436).

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, sustenta ser indevida a condenação ao pagamento da indenização por danos morais, visto que não foi demonstrada a culpa da empresa no acidente de trabalho sofrido pelo autor.

Afirma que, na hipótese, ocorreu culpa de terceiro, “pois ‘acidente de trajeto’ não caracteriza risco inerente à atividade profissional” (pág. 447), e que “a atividade desenvolvida pela empresa NÃO se enquadra em atividade de risco e conseqüentemente NÃO implica risco aos direitos do trabalhador” (pág. 448).

Nesse contexto, aduz que, “como bem asseverou a sentença primeira, é subsidiária a responsabilidade do empregador por eventual acidente ocorrido no trajeto quando esta fornece transporte, sendo da empresa de transporte a responsabilidade direta pelo infortúnio causado ao empregado” (pág. 448).

Alega, ademais, que “a responsabilização civil já foi atribuída à

empresa de ônibus Dom Bosco, restando garantido ao demandante o direito de ser ressarcido pelos prejuízos sofridos quando da interposição de demanda na justiça cível. Desta forma, nova condenação com o deferimento de novo pagamento a título de danos morais caracterizará verdadeiro *bis in idem*, o que vem a ser absolutamente rechaçado pelo direito brasileiro”.

Aponta violação dos artigos 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal e 927 do Código Civil. Transcreve jurisprudência.

Trata-se de pedido de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trajeto ou percurso, em transporte contratado pela empregadora, que ensejou uma incapacitação do empregado para o trabalho.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a responsabilidade subjetiva prevista no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 convive, pacificamente, com a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do vigente Código Civil, tendo em vista que a própria Carta Magna, na *caput* do artigo 7º, além da gama de direitos trabalhistas ali previstos, admite a coexistência “(...) de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte tem decidido que a responsabilidade do empregador é objetiva no caso em que o acidente de trânsito ocorre durante o transporte do empregado em veículo fornecido pela empresa, com fundamento nos arts. 734 e 735 do Código Civil (aplicáveis ao Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT), porquanto o empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao transportador, assumindo o ônus do transporte do empregado ao local de trabalho e os riscos por even-

tuais acidentes ocorridos no trajeto, ainda que por culpa exclusiva de terceiro.

Nesse sentido, os seguintes precedentes da SbDI-1 e de Turmas desta Corte:

“Recurso de embargos interposto na vigência da Lei 11.496/2007. Acidente de trajeto em transporte fornecido pelo empregador. Indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade civil objetiva. O empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao transportador, assumindo o ônus do transporte do empregado ao local de trabalho e os riscos por eventuais acidentes ocorridos no trajeto, ainda que por culpa exclusiva de terceiro. Desse modo, diante da responsabilidade fixada por lei para o transportador, é perfeitamente aplicável à hipótese dos autos o parágrafo único do art. 927 do Código Civil – teoria do risco. Assim sendo, a modalidade de responsabilidade civil a incidir no caso é a objetiva, pois se trata de responsabilidade do transportador, regulada de forma específica no diploma civil, aplicável ao caso de forma subsidiária. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (E-ED-RR-22600-78.2009.5.15.0156, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, data de julgamento: 20/10/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 28/10/2016)

“Recurso de embargos regido pela Lei 11.496/2007. Indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito ocorrido no trajeto para o trabalho. Transporte fornecido pelo empregador. Discute-se a responsabilidade civil do empregador pelo pagamento de indenização por danos morais e materiais em face de acidente de percurso onde o empregado é

transportado em ônibus fornecido pela empresa. Revelou o Tribunal Regional, em acórdão reproduzido pela Turma, ter uma carreta colidido com o ônibus no qual se encontrava o autor, vindo, em consequência, descer um barranco e capotar em seguida. O acidente causou ao autor fraturas em membro inferior esquerdo e coluna cervical, entorse no tornozelo, ferimentos e traumas múltiplos. Passou o reclamante por tratamento cirúrgico corretivo e fisioterápicos, possuindo, atualmente, limitação em certos movimentos do pescoço como lateralização e rotação. Encontrase o autor atualmente trabalhando em funções semelhantes às anteriores ao acidente, porém, com limitações. Nessas circunstâncias, o empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados para que cheguem ao local da prestação dos serviços, equipara-se ao transportador, assumindo o ônus e o risco desse transporte, para os efeitos dos arts. 734 a 736 do Código Civil, sobretudo porque tal transporte objetiva o atendimento do negócio e interesses da empresa. Os textos legais atinentes à matéria tratam com rigor as situações em comento, justamente em decorrência da obrigação que se deve ter em transportar pessoas ou coisas em perfeitas condições de segurança ao seu destino, estando a cláusula de incolumidade implícita no contrato de transporte. A empresa, ao assumir essa responsabilidade, não obstante de maneira informal ou de forma gratuita, gera, como consequência, a obrigação de responder pelos danos causados aos transportados em decorrência de eventual acidente, porque tem o dever de garantir a incolumidade física da pessoa transportada. Não se pode alegar que a responsabilidade objetiva se dá apenas nos casos em que o transporte se

faz por empresas concessionárias desse serviço porque a lei não faz tal distinção, mas se aplica a qualquer que seja o transportador. Em síntese, se a empresa avoca para si tal responsabilidade, a transportador se equipara, conforme determinam os arts. 734 e 736 do Código Civil. Ademais, o fato de o acidente de trânsito ter sido provocado por terceiro não afasta a responsabilidade do empregador porque responde o transportador pela ocorrência de acidente, independente de culpa, conforme previsão do art. 735 do Código Civil, e jurisprudência contida na Súmula 187 do STF, a qual preconiza que –a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva–. Há precedentes. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (E-RR-2071-05.2011.5.03.0026, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, data de julgamento: 18/9/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 26/9/2014)

“Agravado de instrumento em recurso de revista – Acidente de trabalho – Óbito durante o trajeto em transporte fornecido pelo empregador – Responsabilidade objetiva. O empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao transportador, assumindo, portanto, o ônus e o risco desse transporte. Diante da responsabilidade fixada por lei para o transportador (arts. 734 e 735 do Código Civil) e da natureza da atividade, é perfeitamente aplicável à hipótese a teoria do risco. Logo, a responsabilidade do empregador é objetiva quando o acidente de trânsito ocorrer durante o transporte do empregado em veículo fornecido pela empresa. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-

2654-82.2010.5.15.0028, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 18/11/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015)

“(…) Dano moral. Acidente de trajeto. Transporte fornecido pelo empregador. Responsabilidade objetiva e solidária. Esta Corte firmou o entendimento de que a empregadora deve responder objetivamente pelo acidente de trânsito sofrido pelo empregado em transporte por ela fornecido. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR-276-25.2011.5.04.0611, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, data de julgamento: 22/6/2016, 8ª Turma, data de publicação: DEJT 24/6/2016)

“(…) 2 – Recurso de revista interposto pela quinta reclamada – Brf Brasil Foods S.A. Acidente de trajeto. Indenização por danos morais e estéticos. Transporte fornecido pelo empregador. Responsabilidade civil objetiva. O empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao transportador, assumindo, portanto, o ônus e o risco desse transporte. Dessa forma, diante da responsabilidade fixada por lei para o transportador (arts. 734 e 735 do Código Civil), é perfeitamente aplicável à hipótese o parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Assim sendo, a modalidade de responsabilidade civil a incidir no caso é a objetiva, pois se trata de responsabilidade do transportador, regulada de forma específica no diploma civil, aplicável ao caso de forma subsidiária. Precedentes do TST. (...)” (ARR-67500-33.2009.5.18.0102, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, data de julgamento: 12/6/2013, 5ª Turma, data de publicação: DEJT 21/6/2013)

Desse modo, diante da responsabilidade fixada por lei para o transportador, é perfeitamente apli-

cável à hipótese dos autos o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil – teoria do risco.

Ressalta-se que, nos termos dos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil, o empregador responde pelos atos praticados por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, ainda que não haja culpa de sua parte.

Portanto, não há falar em ofensa aos artigos 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal e 927, parágrafo único, do Código Civil.

Além disso, os arestos colacionados às págs. 449 e 450 são inespecíficos, nos termos da Súmula n. 296 do TST, pois apresentam apenas tese genérica de responsabilidade subjetiva do empregador, não tratando, portanto, de hipótese como a dos autos, em que o pedido de indenização por danos morais decorre de acidente de trajeto ou percurso, em transporte contratado pela empregadora, que ensejou uma incapacitação do empregado para o trabalho.

Os arestos também não se referem à alegada tese de vedação à aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil às demandas de indenização por danos morais decorrentes de acidente do trabalho.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

Isto posto

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de revista. Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, que conhecia do recurso de revista, por violação ao artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal e, no mérito, dava-lhe provimento para restabelecer a sentença no tópico em que julgou improcedente o pedido de condenação da



reclamada no pagamento de indenização por dano material e moral. Brasília, 16 de Novembro de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

José Roberto Freire Pimenta  
Redator Designado

## ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

### CANDIDATA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO TEM POSSE GARANTIDA MESMO APÓS PRAZO ESTIPULADO EM EDITAL

Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Remessa Necessária n. 0003159-43.2015.4.01.3303

Órgão Julgador: 5a. Turma

Fonte: DJ, 18.11.2016

Relator: Desembargador Federal **Souza Prudente**

### EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Assistente social. Apresentação de diploma na data da posse. Perda de prazo por motivo de licença maternidade e doença. Prorrogação. Cabimento. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Súmula n. 266 STJ. Aplicabilidade. Situação fática consolidada. Sentença mantida. I – Afrontam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, suprimir o direito conquistado pela candidata, que após regularmente aprovada em concurso público, teria sido preterida de assumir cargo público em razão de perda do prazo para a posse, por motivos plenamente justificados, como no caso dos autos. II – O Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e

não na inscrição para o concurso público.” (Súmula n. 266 do STJ) III – Registre-se, que, em casos como o presente, há de ser preservada a situação fática consolidada por força da antecipação da tutela mandamental deferida nos autos, em 12/02/2015, garantindo-se à impetrante a sua nomeação e posse no cargo ora pleiteado, sendo, portanto, desaconselhável a desconstituição da referida situação fática nesse momento processual. IV – Apelação e Remessa oficial desprovidas.

### ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Em 26/10/2016.

Desembargador Federal Souza  
Prudente  
Relator

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

Cuida-se de remessa oficial e de apelação interpostas contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Barreiras/BA, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por (...) contra ato da Reitora da Universidade Federal do Oeste da Bahia – UFOB, confirmando a antecipação de tutela anteriormente deferida, concedeu a segurança pleiteada, para “determinar à impetrada a efetivação da posse da impetrante no cargo de Assistente Social da UFOB – Campus Luis Eduardo Magalhães, ressalvada a possibilidade de recusa em caso de existência de outras restrições não discutidas no bojo desta demanda.” (fls. 220/223)

Em suas razões recursais (fls. 233/239), a Universidade Federal do Oeste da Bahia – UFOB alega, em resumo, a necessidade de reforma da sentença monocrática, na medida em que a Administração Pública procedeu em atendimento às normas legais que tratam da matéria, bem assim em obediência aos princípios da legalidade, isonomia e vinculação ao edital. Aduz que, não obstante a data da posse tenha sido designada para o dia 17/08/2014, a candidata apresentou documento que comprovou o gozo de licença-maternidade, que adicionado o prazo legal previsto no art. 13, II, da Lei 8.112/90, permitiu a prorrogação do prazo para a posse até o dia 08/11/2014, porém a impetrada não compareceu, sobrevindo a apresentação de atestado médico por terceiro no penúltimo dia do prazo de posse, a fim de justificar o seu não comparecimento. Defende que o atestado médico não é documento hábil a justificar a ausência da apelada para tomar posse na data limite fixada, muito menos mediante a apresentação por terceiro desprovido de procuração legal para tanto. Assevera a impetrante não detinha toda a documentação necessária para a posse, na medida em que a colação de grau da candidata somente ocorreu no dia 08/12/2014, ou seja, após a data inicialmente fixada para a posse, restando claro que a postergação descrita nos autos teve o propósito de atrasar a verificação dos requisitos necessários para a investidura no cargo público objetivado. Por fim, pugna a manifestação acerca de diversos dispositivos legais e constitucionais acerca da matéria.

Com as contrarrazões de fls. 252/260, subiram os autos a este egrégio Tribunal, também por força da remessa oficial, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da República pelo desprovimento

da apelação e da remessa oficial (fls. 242/244).

Este é o relatório.

### VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

Como visto, a controvérsia instaurada nos presentes autos, gira em torno do ato praticado pela autoridade impetrada, que não efetivou a posse da impetrante, aprovada no concurso pública para o cargo de Assistente Social, Nível Superior – Classe E, Campus de Luís Eduardo Magalhães, da Universidade Federal do Oeste da Bahia – UFOB, por não ter comparecido para a posse no referido cargo público até a data limite fixada pela Instituição.

No caso em exame, a sentença monocrática não merece reparos, na medida em que a ausência da impetrante na data designada para a posse não ocorreu por desídia da candidata, mas, sim, por circunstâncias plenamente justificadas.

Com efeito, há de se registrar que, em casos que tais, o entendimento jurisprudencial já pacificado no âmbito deste egrégio Tribunal, é no sentido de que, “mesmo reconhecendo a legitimidade da adoção de critérios pela instituição de ensino, em homenagem à autonomia didático-científica conferida às universidades, tais regras não são absolutas, devendo ser observados os princípios constitucionais e legais que norteiam os atos administrativos em geral, dentre os quais, o da razoabilidade e da proporcionalidade, que indicam, na espécie dos autos, a qualificação profissional comprovada do impetrante.” (AC 0047873-86.2014.4.01.3800 / MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, segunda seção, e-DJF1 de 27/05/2016).

No caso dos autos, a impetrante deixou de efetuar a posse no dia ini-

cialmente determinado pela Administração, qual seja, em 17/08/2014, por encontrar-se em gozo de licença maternidade, razão pela qual a posse restou prorrogada pela Administração para o dia 10/12/2014, conforme previsto no art. 13, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Ademais, antes do término do referido prazo, o companheiro da candidata protocolou atestado médico oficial (fls. 46), com indicação de repouso médico, por motivo de doença, pela candidata, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Nesse sentido, verifica-se que a ausência da impetrante na data designada para a posse não ocorreu por desídia da candidata, mas, sim, por circunstâncias plenamente justificadas, posto que, após o cumprimento do período de licença maternidade, apresentou atestado médico por motivo de doença, no qual informa a necessidade de repouso da enferma pelo prazo de 15 (quinze) dias, não sendo razoável exigir-se da impetrante o comparecimento pessoal para a efetivação do ato de posse na data fixada, nem tampouco a constituição de mandatório, por meio de procuração específica para praticar o ato, conforme alega a apelante.

Assim, afrontam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, suprimir o direito conquistado pela candidata, que após regularmente aprovada no concurso público, teria sido preterida de assumir cargo público em razão de perda do prazo para a posse, por motivos plenamente justificados, como no caso dos autos.

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados deste egrégio Tribunal Regional Federal:

Administrativo. Mandado de segurança. Ensino superior. Efetivação de matrícula. Perda do prazo. Impossibilidade. Princípio da razoabilidade. Situação de fato consolidada. Segurança concedida.

I – Conforme entendimento jurisprudencial já pacificado por esta egrégia Corte Federal, não obstante se reconheça a legitimidade da adoção, pela instituição de ensino, de critérios para fixação de calendários para formalização de matrículas, tais regras não são absolutas, e devem observar certa flexibilidade, bem como devem revestir-se de razoabilidade e proporcionalidade.

II – Na espécie dos autos, o impetrante deixou de efetuar a sua matrícula no período, inicialmente, determinado pela impetrada por circunstâncias alheias a sua vontade, encontrando-se com problemas de saúde, conforme atestado médico anexado aos autos, motivo pelo qual deve ser autorizada a regularização de seu registro escolar fora do prazo estabelecido pela Instituição de Ensino Superior, não sendo razoável exigir-se do impetrante, pelo mesmo motivo, a efetivação de sua matrícula por procuração.

III – Ademais, na espécie dos autos, há de ser preservada a situação fática consolidada por força da antecipação da tutela mandamental, liminarmente deferida nos autos, em 25/08/2011, garantindo ao impetrante o direito à matrícula no período letivo que de há muito se encerrou, sendo, portanto, desaconselhável a desconstituição da referida situação fática.

IV – Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (AMS 0022256-41.2011.4.01.3700 / MA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, quinta turma, e-DJF1 p. 140 de 10/04/2014) – grifei

Administrativo. Ensino superior. Mandado de segurança. Matrícula requerida fora do prazo. Doença. Força maior. Possibilidade. Sentença concessiva. Apelação. Pretensão de atribuir efeito suspensivo ao recurso. Pre-

liminares de inadequação da via processual eleita e de litisconsórcio passivo necessário. Rejeição. 1. O mandado de segurança é via processual adequada, na hipótese, uma vez que a impetrante comprovou, com documento, a sua aprovação no exame vestibular, assim como acostou aos autos atestado médico, justificando o motivo pelo qual não conseguiu efetuar a matrícula, no prazo estipulado pelo edital, tendo comprovado, de plano, o fato constitutivo de seu alegado direito. 2. O recurso de apelação interposto de sentença proferida em mandado de segurança, em regra, é recebido somente no efeito devolutivo. Tem-se, excepcionalmente, admitido o recebimento do recurso no efeito suspensivo, desde que presentes a relevância da fundamentação e a possibilidade de dano irreparável, o que não ocorre na hipótese. 3. Desnecessidade de chamar à lide, como litisconsorte passivo necessário, o candidato que teria sido aprovado em ordem subsequente ao número de vagas, considerando que a impetrante não ocupou vaga de outro candidato, mas a que ela própria conquistara. 4. O estudante que, regularmente aprovado no vestibular, não comparece, no dia determinado pelo edital, para efetuar a matrícula, em razão de doença, devidamente comprovada por atestado médico, não permanecendo, porém, inerte a essa situação, tem o direito de matricular-se fora daquele prazo, em razão da ocorrência de motivo de força maior. Precedentes deste Tribunal. 5. Sentença confirmada. 6. Apelação e remessa oficial desprovidas. (AMS 2008.35.00.003774-1/GO, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 p.623 de 16/03/2012) – grifei

Acerca do fato de que a impetrante teria colado grau em data posterior ao dia inicialmente fixada pela Administração (17/08/2014), o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.” (Súmula n. 266 do STJ). No caso dos autos, a impetrante colou grau em 08/12/2014 (fls. 55), anteriormente ao último dia do prazo de prorrogação para a posse concedido pela Administração (10/12/2014), preenchendo, inclusive, o requisito constante do Edital (item 2.1, letra i, – fls. 102/115), que determinava que o candidato deverá “apresentar, na data da posse, a documentação necessária à comprovação do atendimento aos requisitos constantes do item 1.1 do Edital”, não havendo que se falar em perda do prazo, na espécie.

Nesse sentido, verificam-se, ainda, os seguintes precedentes deste egrégio Tribunal Federal, *in verbis*:

Administrativo – exame da ordem dos advogados dos administrativos. Mandado de segurança. Exame da ordem dos advogados do Brasil. Requisitos para inscrição no certame. Concluinte do curso de direito. Inscrição independentemente da apresentação do diploma de bacharel em direito. Lei n. 8.906/94. Provimento n. 109/2005. Possibilidade. Precedentes do STJ e deste tribunal.

I – Não obstante a exigência estabelecida no art. 8º, inciso II, da Lei n. 8.906/94 e no Provimento n. 109/2005, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não antevejo razoabilidade em negar o direito de participar do Exame de Ordem ao candidato concluinte do curso de direito, desde que, quando de eventual registro

definitivo nos quadros da Ordem, já esteja de posse da documentação exigida.

II – O Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que tal exigência só poderá ser feita por ocasião da inscrição final nos quadros do conselho profissional, pois “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.” (Súmula 266). Precedentes: (STJ, REsp 838.963/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, segunda turma, julgado em 05/05/2009, DJe 21/05/2009; No mesmo sentido TRF1, AC 2008.34.00.011783-2/DF).

III – Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REOMS 0002321-56.2009.4.01.4000/PI, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Oitava Turma, e-DJF1 de 12/11/2010).

Administrativo. Concurso público. Procurador da fazenda nacional. Exigência do diploma de bacharel em direito na data da inscrição definitiva. Afronta à súmula 266 do STJ. Apelação desprovida. 1. A exigência de entrega, no momento da inscrição definitiva no certame, de documentação comprobatória do cumprimento dos requisitos para investidura no cargo contraria a jurisprudência sedimentada na súmula n. 266 do STJ, de 22/05/2002, publicada em 29/05/2002, que estabelece: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”. 2. Apelação desprovida. (AC 0003489-28.2006.4.01.3700 / MA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Rel.Conv. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (conv.), quinta turma, e-DJF1 p. 175 de 31/07/2009)

Ademais, na espécie dos autos, há de ser preservada a situação fática consolidada por força da an-



tecipação da tutela mandamental deferida nos autos, em 12/02/2015 (fls. 173/176), garantindo-se à impetrante a sua nomeação e posse no cargo ora pleiteado, sendo, portanto, desaconselhável a desconstituição da referida situação fática nesse momento processual.

Com estas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a sentença monocrática em todos os seus termos.

Este é meu voto.

## CERTIDÃO

Certifico que a(o) egrégia (o) quinta turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em Sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, à unanimidade, negou provimento à Apelação e à Remessa Oficial, nos termos do voto do Relator.

Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Federal Néviton Guedes e Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (conv.). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves.

Brasília, 26 de outubro de 2016.

Fábio Adriani Cerneviva  
Secretário(a)

## TRIBUTÁRIO

### INCIDE IPI NA SAÍDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA DO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Recurso Cível n. 5012893-

13.2015.404.7000/PR

Órgão Julgador: 1a. Turma Recursal do Paraná

Fonte: DJ, 19.09.2016

Relator: Desembargador **Gerson Luiz Rocha**

## EMENTA

Tributário. Imposto de importação. Valor aduaneiro. DL n. 37/66 e Decreto n. 6.759/2009. Inclusão de despesas de capatazia ocorridas após a chegada ao porto de destino pela IN/SRF n. 327/2007. Ilegalidade. IPI. Incidência na revenda de produtos de procedência estrangeira. Legalidade. Recursos desprovidos. 1. O art. 2º, do Decreto-Lei n. 37/66 e o Decreto n. 6.759/2009, estabelecem que, no caso de alíquotas “ad valorem”, o valor aduaneiro compreenderá as despesas com carga, descarga e manuseio ocorridas até a chegada no porto ou aeroporto alfandegado de descarga ou no ponto de fronteira alfandegado onde devam cumprir-se as formalidades de internação no território aduaneiro. 2. A IN/SRF n. 327/2007, ao incluir no valor aduaneiro os gastos ocorridos com capatazia após a chegada ao porto de destino, incidiu em flagrante ilegalidade, tendo em vista que a legislação de regência não contempla tal hipótese. Precedentes do STJ e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3. Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equipara-se a estabelecimento industrial conforme o art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, combinado com o art. 51, II, do CTN. 4. Questão decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp 1403532/SC (Primeira Seção, DJE 18/12/2015), submetido no regime do art. 543-C, do CPC/73. Afastada a tese de bitributação, pois a Lei n. 4.502/64 estipula fatos geradores distintos, quais sejam, o desembaraço aduaneiro que decorre da operação de internação do produto industrializado vindo do exterior e a saída desse mesmo produto industrializado do estabelecimento

do importador equiparado a estabelecimento produtor. 5. Recursos desprovidos.

## ACÓRDÃO

Acordam os Juízes da 1ª Turma Recursal do Paraná, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Curitiba, 06 de julho de 2016.

Gerson Luiz Rocha

Juiz Federal Relator

## VOTO

Trata-se de ação visando em que a empresa autora pretende:

Que seja julgado procedente o pedido, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora e a Ré, no que concerne à indevida exigência do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO, com base no artigo 7º da Lei n. 10.865/2004, para que se utilize tão e somente o “valor aduaneiro”; para que seja o Imposto de Importação cobrado sem os valores de capatazia embutidos no valor aduaneiro, vez que se tratam de despesas cobradas a pós a chegada da mercadoria no porto, aeroporto ou ponto de fronteira de destino da mercadoria, e por fim, que seja a Autora desvincilhada do pagamento do IPI para revender seus produtos no mercado interno tendo em vista não haver nenhum processo industrial dentro da empresa da mesma.

Cumulativamente, pretende a repetição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para “(i) reconhecer a inconstitucionalidade da base de cálculo de PIS-Importação e COFINS-Importação prevista na redação original do artigo 7º, I da Lei n. 10.685/2004; (ii) declarar a ilegalidade do § 3º do artigo 4º da

Instrução Normativa 327/2003 da Receita Federal para afastar os gastos com capatazia da base de cálculo do Imposto de Importação. Reconhecer o direito da empresa autora à repetição dos valores eventualmente pagos em contrariedade ao aqui decidido, desde 18/03/2010, em montante a ser oportunamente apontado pela ré”. A pretensão relativa à incidência do imposto de importação no momento da saída da mercadoria do estabelecimento importador foi afastada, ao argumento de que o STJ, ao analisar o EREsp 1403532, modificou seu entendimento e passou a reconhecer a legalidade da tributação.

A parte ré interpõe recurso defendendo a inclusão, na base de cálculo do imposto de importação das despesas com descarregamento e manuseio da mercadoria importada, pois configura gasto necessário para a venda das mercadorias no território nacional. Aduz que tal sistemática obedece ao disposto no Decreto n. 4.543/02 e na Instrução Normativa SRF número 327/2003, que não extrapola os limites do acordo de valoração aduaneira, haja vista que o descarregamento da mercadoria ocorre apenas no local de destino.

A parte autora, por seu turno, insurge-se contra o recolhimento de IPI na saída de produto importado, sem que tenha sofrido qualquer procedimento interno de industrialização. Argumenta que o artigo 2º, da Lei n. 4.502/64, assim como o Decreto n. 7.212/2010, determinam a incidência do tributo apenas no momento do desembarço aduaneiro ou, alternativamente, na saída do estabelecimento comercial, caso o produto tenha procedência nacional e “desde que o produto importado não sofra nenhuma etapa posterior de industrialização”. Discorre sobre a regulamentação conferida pelo CTN e pela Cons-

tituição Federal, segundo os quais não há possibilidade de incidência da exação em dois momentos. Sustenta que autorizar a cobrança dos valores também na saída do produto importado violação ao princípio da isonomia tributária, assim como da neutralidade tributária e da livre concorrência.

Apenas o autor apresentou contrarrazões (evento 37).

É o relatório.

#### RECURSO DA UNIÃO

Na forma do art. 46, da Lei n. 9.099/95, mantenho a sentença recorrida pelos seus próprios e bem lançados fundamentos, que a seguir seguem transcritos:

A empresa autora defende que a base de cálculo do Imposto de Importação deve se limitar ao valor aduaneiro, sendo inconstitucional a Instrução Normativa 327/2003 da Receita Federal que inclui no conceito de valor aduaneiro as despesas com a descarga da mercadoria do veículo de transporte internacional.

A base de cálculo do Imposto de Importação é definida pelo artigo 2º do DL 37/1966 nos seguintes termos:

Art. 2º – A base de cálculo do imposto é: (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 2.472, de 01/09/1988)

I – quando a alíquota for específica, a quantidade de mercadoria, expressa na unidade de medida indicada na tarifa; (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 2.472, de 01/09/1988)

II – quando a alíquota for “ad valorem”, o valor aduaneiro apurado segundo as normas do art. 7º do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 2.472, de 01/09/1988)

Regulamentando a tributação das operações de comércio exterior, o Decreto 6.759 de 2009 definiu os custos que integram a definição de valor aduaneiro:

Art. 77. Integram o valor aduaneiro, independentemente do método de valoração utilizado (Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 8, parágrafos 1 e 2, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 30, de 1994, e promulgado pelo Decreto n. 1.355, de 1994; e Norma de Aplicação sobre a Valoração Aduaneira de Mercadorias, Artigo 7º, aprovado pela Decisão CMC n. 13, de 2007, internalizada pelo Decreto n. 6.870, de 4 de junho de 2009): (Redação dada pelo Decreto n. 7.213, de 2010).

I – o custo de transporte da mercadoria importada até o porto ou o aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro;

II – os gastos relativos à carga, à descarga e ao manuseio, associados ao transporte da mercadoria importada, até a chegada aos locais referidos no inciso I; e

III – o custo do seguro da mercadoria durante as operações referidas nos incisos I e II.

Porém, enquanto o referido Decreto deixa claro que as despesas com carga e descarga computáveis no valor aduaneiro são aquelas dispendidas até o porto alfandegado, a Instrução Normativa 327/2003 prevê, em seu artigo 4º, § 3º que o valor aduaneiro também deve abranger os custos com a descarga da mercadoria no território nacional:

Art. 4º Na determinação do valor aduaneiro, independentemente do método de valoração aduaneira utilizado, serão incluídos os seguintes elementos:

I – o custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas

as formalidades de entrada no território aduaneiro;

II – os gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas, até a chegada aos locais referidos no inciso anterior; e

III – o custo do seguro das mercadorias durante as operações referidas nos incisos I e II.

§ 1º Quando o transporte for gratuito ou executado pelo próprio importador, o custo de que trata o inciso I deve ser incluído no valor aduaneiro, tomando-se por base os custos normalmente incorridos, na modalidade de transporte utilizada, para o mesmo percurso.

§ 2º No caso de mercadoria objeto de remessa postal internacional, para determinação do custo que trata o inciso I, será considerado o valor total da tarifa postal até o local de destino no território aduaneiro.

§ 3º Para os efeitos do inciso II, os gastos relativos à descarga da mercadoria do veículo de transporte internacional no território nacional serão incluídos no valor aduaneiro, independentemente da responsabilidade pelo ônus financeiro e da denominação adotada.

Trata-se, portanto, de excesso ilegal, pois contrário às normativas de regência. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. Recurso especial. Imposto de importação. Base de cálculo. Valor aduaneiro. Despesas de capatazia. Inclusão. Impossibilidade. Art. 4º, § 3º, da IN SRF 327/2003. Ilegalidade. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se o valor pago pela recorrida ao Porto de Itajaí, referente às despesas incorridas após a chegada do navio, tais como descarregamento e manuseio da mercadoria (capatazia), deve ou não integrar o conceito de “Valor Aduaneiro”, para fins de composição da base de cálculo do Imposto

de Importação. 2. Nos termos do artigo 40, § 1º, inciso I, da atual Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), o trabalho portuário de capatazia é definido como “atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário”. 3. O Acordo de Valoração Aduaneira e o Decreto 6.759/09, ao mencionar os gastos a serem computados no valor aduaneiro, referem-se à despesas com carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas até o porto alfandegado. A Instrução Normativa 327/2003, por seu turno, refere-se a valores relativos à descarga das mercadorias importadas, já no território nacional. 4. A Instrução Normativa 327/03 da SRF, ao permitir, em seu artigo 4º, § 3º, que se computem os gastos com descarga da mercadoria no território nacional, no valor aduaneiro, desrespeita os limites impostos pelo Acordo de Valoração Aduaneira e pelo Decreto 6.759/09, tendo em vista que a realização de tais procedimentos de movimentação de mercadorias ocorre apenas após a chegada da embarcação, ou seja, após a sua chegada ao porto alfandegado. 5. Recurso especial não provido.

(REsp 1239625/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 04/09/2014, DJe 04/11/2014)

E o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Processual civil. Pedido de compensação. Ilegitimidade passiva. Tributário. Imposto de importação. Valor aduaneiro. Despesas ocorridas após a chegada ao porto. Capatazia. IN/SRF n. 327/2007. Ilegali-

dade. 1. O Inspetor da Alfândega da Receita Federal em Itajaí não detém legitimidade para responder sobre o pedido de compensação, porquanto, nos termos do art. 75, *caput*, IN RFB n. 1.300, de 20 de novembro de 2012, a autoridade da RFB competente para decidir sobre a compensação é o titular da DRF, da Derat, da Demac/RJ ou da Deinf que, à data do despacho decisório, tenha jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo. 2. A IN/SRF n. 327/2007, ao determinar a inclusão no valor aduaneiro, de gastos ocorridos após a chegada ao porto de destino, com a capatazia em particular, incidiu em flagrante ilegalidade, tendo em vista que a legislação de regência não contempla tal hipótese. 3. Há margem legal para a exclusão dos gastos com a capatazia, da base de cálculo do Imposto de Importação, porquanto não estão compreendidos no valor aduaneiro. (TRF4, APELREEX 5014098-69.2014.404.7208, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Carla Evelise Justino Hedges, juntado aos autos em 23/09/2015)

Portanto reconheço a ilegalidade do § 3º do artigo 4º da Instrução Normativa 327/2003 da Receita Federal para afastar os gastos com capatazia da base de cálculo do Imposto de Importação e, por consequência, reconheço o direito da parte autora à repetição dos valores pagos a esse título, desde 18/03/2010.

Como restou assentado, o acordo aduaneiro internacional e o decreto que o regula estabelecem que somente as despesas incorridas até a chegada da mercadoria ao local de destino podem ser consideradas na formação do valor aduaneiro sujeito à tributação na importação. Por conseguinte, tendo a norma administrativa impugnada ampliado esse conceito, resta evidenciada sua ilegalidade.



Logo, rejeito o recurso da União.

Recurso da parte autora

A questão foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1403532/SC (primeira seção, DJE 18/12/2015), submetido no regime do art. 543-C, do CPC/73 (recursos repetitivos), nos termos seguintes:

Embargos de divergência em recurso especial. Direito tributário. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-c, do CPC. Imposto sobre produtos industrializados – IPI. Fato gerador. Incidência sobre os importadores na revenda de produtos de procedência estrangeira. Fato gerador autorizado pelo art. 46, II, c/c 51, parágrafo único do CTN. Sujeição passiva autorizada pelo art. 51, II, do CTN, c/c art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64. Previsão nos arts. 9, I e 35, II, do RIPI/2010 (Decreto n. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN – que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 – que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação,

porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 – SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 – SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos REsp. n. 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 – BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: “os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil”. (destaque)

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Portanto, estando a sentença em consonância com o entendimento consolidado em representativo de controvérsia na Corte Superior, o recurso da parte autora não merece acolhida.

Sem honorários.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos.

Gerson Luiz Rocha

Juiz Federal Relator

## CIVIL E COMERCIAL

### A falha do hospital na guarda de informações de pacientes do que resultou fraude aplicada por terceiros, configura defeito na prestação do serviço

Juizados especiais cível. Responsabilidade civil. Informações de paciente internado no hospital. Golpe sofrido pelos familiares. Transferências bancárias realizadas mediante fraude. Falha na prestação de serviço. Dever de indenizar configurado. Recurso conhecido e não provido. 1. No caso dos autos, o autor foi vítima de golpe praticado por alguém que detinha todas as informações sobre o paciente internado na UTI do hospital recorrente, bem como acesso aos números dos celulares dos familiares do enfermo. A parte autora narrou que seu genitor estava internado no hospital da recorrente e após a realização de procedimento cirúrgico, um suposto médico teria entrado em contato e, ao fundamento de que seu pai necessitava de exame de tomografia, solicitou a transferência de R\$ 4.500,00. Posteriormente, o referido "médico" ligou novamente e solicitou mais R\$ 4.200,00, a título de pagamento de anestesista, o que foi atendido. 2. O artigo 14 do CDC discorre que o fornecedor ou prestador de serviços responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. No caso vertente, a responsabilidade do hospital é evidente, uma vez que é detentor de informações privilegiadas de pacientes e falhou na guarda dos dados relativos ao prontuário do enfermo, causando prejuízo ao consumidor. 3. É inviável a tese de que inexistente responsabilidade civil do hospital na conduta ilícita, tampouco excludente de responsabilidade por culpa de terceiro, tendo em vista que o fraudador somente obteve êxito com o golpe

aplicado, em razão da falha no dever de guarda das informações do paciente. Não há falar, ainda, de que não houve defeito no serviço prestado por não ser ato vinculado à atividade, tendo em vista que cabe à ré garantir as informações sobre seus pacientes, sendo que tal guarda é ínsita à atividade do hospital. 4. Com relação ao valor arbitrado a título de indenização por dano material, verifica-se que a parte autora comprovou a realização da transferência bancária das quantias relatadas ID. 756076 e 741674, motivo pelo qual a indenização deve ser mantida. 5. A indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), foi fixada moderadamente pelo juízo de origem, em atenção às circunstâncias da lide, à gravidade do ilícito praticado e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não merecendo qualquer reparo neste grau revisor. 6. Recurso Conhecido e não provido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. 7. A súmula de julgamento servirá de acórdão, a teor do que dispõe a parte final do art. 46 da Lei n. 9.099/95. Condenada a recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

(TJ/DFT - Rec. Inominado n.

07030987320168070016 - 1a. T. Rec. dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF - Ac. unânime - Rel.: Des. **Flávio Fernando Almeida da Fonseca** - Fonte: DJ, 07.11.2016).

### A recusa da prestadora de plano de saúde em cobrir tratamento experimental, por ser ilegítima e abusiva, enseja dano moral

Apelação cível. Direito do consumidor. Ação cominatória. Plano de saúde. Súmula 469 do superior tribunal de justiça. Negativa indevida de tratamento com lucentis. Retinopatia diabética. Tratamento experimental. Não comprovação. Conduta abusiva. Dano moral configurado. *Quantum* razoável e proporcional. 1. A relação entre segurado e plano de saúde submetete-se às regras do

Código de Defesa do Consumidor, nos termos do enunciado n. 469 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. As operadoras dos planos de saúde não podem impor limitações que descaracterizem a finalidade do contrato de plano de saúde, razão pela qual, apesar de lícito o ato de definir quais enfermidades terão cobertura pelo plano, se revelam abusivas as cláusulas contratuais que estipulam o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. A mera alegação quanto ao caráter experimental da substância a ser utilizada no procedimento requerido por segurado de plano de saúde não infirma o dever da operadora contratada de cobrir tratamento de saúde destinado à cura de doença acobertada pela apólice contratada. 4. A saúde é direito fundamental, inerente ao ser humano, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, postulado fundamental erigido à cláusula pétrea pela Constituição. Decorrência disso é que em confrontos entre o bem da vida e questões econômico-financeiras de pessoas jurídicas operadoras de planos de saúde, o primeiro deve prevalecer, sob o risco de dano irreparável e irreversível à vida humana. 5. A recusa da cobertura de tratamento por parte de prestadora de plano de saúde enseja dano moral quando aquela se mostra ilegítima e abusiva, e do fato resulta abalo que extrapola o plano do mero dissabor. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1298844/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, quarta turma, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012). 6. O valor fixado a título de compensação por danos morais, em que pese a falta de critérios objetivos, deve ser pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, além de servir como forma de compensação ao dano sofrido e de possuir caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada. 7. Apelação conhecida e não provida.

(TJ/DFT - Ap. Cível n. 20160110424235APC - 1a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Simone Lucindo** - Fonte: DJ, 07.11.2016).

## Admissível a partilha de imóvel irregular

Apelação cível - Ação de partilha - Imóvel construído em loteamento não aprovado pelo município na constância do casamento - Ocupação irregular - Posse - Valor econômico - Direito e ação passível de ser partilhado. Ainda que o imóvel, adquirido pelo casal na constância do casamento, tenha sido erigido em loteamento não aprovado e fruto de ocupação irregular, conforme declarado pelo Município de Coronel Fabriciano, o qual inclusive emitiu guia de pagamento do IPTU em nome do cônjuge varão, possui expressão econômica e, portanto, passíveis de partilha os direitos de posse e ações sobre imóvel. Logo, deve ser provido o recurso determinando-se a partilha, na proporção de 50% para cada litigante.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0194.12.000180-6/001 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Yeda Athias** - Fonte: DJ, 18.11.2016).

## Banco é condenado a pagar danos morais a cliente que foi vítima de assalto dentro da agência

Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Assalto à agência bancária. Princípio da responsabilidade objetiva em face do risco da atividade. Danos morais reconhecidos. *Quantum* indenizatório. 1. Caso em que a autora foi mantida como refém durante assalto em agência bancária, sendo usada como escudo humano e conduzida em veículo usado pelos bandidos para a fuga. 2. Responsabilidade objetiva da instituição financeira fundada no risco integral pela atividade. Precedentes desta Corte e do STJ. 3. Dano moral *ipso facto*. Montante indenizatório fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Deram provimento à apelação. Unânime.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70070222567 - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge Alberto Schreiner Pestana** - Fonte: DJ, 16.12.2016).

## Hotel deve indenizar hóspedes por furto de objetos

Ação de indenização - Danos materiais e morais - Prestação de serviços - Hospedagem - Furto de bens - Responsabilidade objetiva - Verossimilhança da alegação. A conclusão que se extrai do artigo 649 do Código Civil é no sentido de que a hospedaria é depositária necessária das bagagens dos hóspedes ou viajantes, respondendo o hotel pelo furto dos pertences ocorrido no interior do quarto. A responsabilidade do hotel, na condição de prestador de serviços, é objetiva, de modo que basta que se comprove a existência do dano e sua relação de causalidade para que a empresa arque com os prejuízos causados ao consumidor. Considerando a verossimilhança da alegação da consumidora, precisa se mostrar a determinação de indenização dos danos materiais descritos em boletim de ocorrência policial. A reparação pecuniária por dano moral decorre do dissabor não trivial suportado pelo hóspede, que teve furtados objetos pessoais do quarto de hotel em que se hospedou, situação de desconforto que não se pode dizer esperada por quem faz uso do serviço de hotelaria, já que a expectativa é de que no recinto não entrará pessoa estranha, sobretudo com o fim de furtar.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0534.13.003214-5/001 - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Saldanha da Fonseca** - Fonte: DJ, 23.11.2016).

## IMOBILIÁRIO

### Atraso na entrega de imóvel não gera indenização por dano moral

Apelação cível. Promessa de compra e venda. Ação de resolução de contrato em razão de atraso na entrega da obra. Lucros cessantes. Fixação de aluguel. O descumprimento contratual por culpa exclusiva do promitente-vendedor quanto à entrega do imóvel

na data acordada implica pagamento de indenização por lucros cessantes, sobretudo em razão da impossibilidade de fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente-vendedora. Dano moral. O atraso na entrega do imóvel prometido, por si só, não gera o direito à indenização por danos morais. No caso concreto, comprovado atraso injustificado e substancial na entrega das chaves da unidade autônoma, cuja situação excepcional autoriza a indenização pelos danos morais experimentados pelo promitente-comprador. Apelação parcialmente provida.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70068787142 - 19a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marco Antonio Angelo** - Fonte: DJ, 16.12.2016).

**NOTA BONIJURIS:** *Nesse sentido, transcrevemos precedente do STJ:*

*“Promessa de compra e venda.*

*Imóvel em construção. Atraso na conclusão da obra. Descumprimento contratual. Dano moral. Não configuração. O simples atraso na construção de imóvel prometido a venda não acarreta, por si só, dano moral. Recurso especial não conhecido. (REsp 592.083/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, quarta turma, julgado em 03/08/2004, DJ 25/10/2004, p. 362).”*

### Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao condomínio de adquirentes de edifício em construção

Recurso Especial. Consumidor e Processual Civil. Demanda envolvendo condomínio de adquirentes de unidades imobiliárias e a construtora/incorporadora. Patrimônio de afetação. Relação de consumo. Coletividade de consumidores. Possibilidade de inversão do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus probatório. Precedentes do STJ. 1. Polêmica em torno da possibilidade de inversão do ônus da prova para se atribuir a incorporadora demandada a demonstração da destinação integral do produto de financiamento garanti-



do pela alienação fiduciária de unidades imobiliárias na incorporação em questão (patrimônio de afetação). 2. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao condomínio de adquirentes de edifício em construção, nas hipóteses em que atua na defesa dos interesses dos seus condôminos frente a construtora/incorporadora. 3. O condomínio equipara-se ao consumidor, enquanto coletividade que haja intervindo na relação de consumo. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 2º do CDC. 4. Imposição de ônus probatório excessivamente complexo para o condomínio demandante, tendo a empresa demandada pleno acesso às provas necessárias à demonstração do fato controvertido. 5. Possibilidade de inversão do ônus probatório, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. 6. Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do novo CPC). 7. Precedentes do STJ. 8. Recurso Especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1560728/MG - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Paulo de Tarso Sanseverino** - Fonte: DJ, 28.10.2016).

### **Comprovada a posse do imóvel em litígio, bem como o esbulho, impõe-se a reintegração da posse**

Apelação cível. Civil e Processual Civil. Reintegração de posse com perdas e danos. Preliminar. Nulidade do ato citatório. Arts. 228, § 2º, e 229, do CPC/1973. Observância. Rejeição. Imóvel pertencente ao espólio. Posse exercida exclusivamente por um dos herdeiros. Esbulho. Configuração. Cobrança de aluguel. Possibilidade. Indenização por benfeitorias úteis e necessárias. Ausência de demonstração. Impossibilidade. Sentença mantida. 1. A certidão exarada por Oficial de Justiça goza de fé pública, podendo ser afastada, apenas, por prova em contrário. 2. Diante da furtiva do réu, e ausente qualquer morador ou parente em sua residência, mostra-se acertado o procedimento adotado no cumprimento

da citação, até porque a lei permite ao oficial de justiça, alternativamente, deixar “contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome” (art. 228, § 2º, do CPC/1973). 3. O aperfeiçoamento da citação por hora certa, nos termos do art. 229, do CPC, pressupõe o envio, ao réu, de carta, telegrama ou radiograma, no prazo para resposta, dando-lhe ciência da prática do citado ato. Restando cumprida a formalidade legal prevista no supracitado artigo, o ato citatório é válido. Preliminar rejeitada. 4. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, sendo certo, contudo, que, até a partilha dos bens, a propriedade e posse da herança, por ser indivisível, será regulada pelas normas aplicadas ao condomínio, segundo preceituam os art. 1.784, e 1.791, seu parágrafo único, do CC/2002. 5. Comprovado que o autor detém a posse do imóvel em litígio, bem como o esbulho praticado pelo réu, impõe-se a reintegração da posse em favor daquele. 6. A ocupação do imóvel exclusivamente por um dos herdeiros, a título gratuito e por tolerância dos demais, mostra-se suficiente para a configuração do contrato de comodato. 7. A permanência do comodatário, quando a ocupação deixou de ser consentida, configura o esbulho, e tendo em conta que não houve qualquer notificação, tem-se como termo *a quo* do esbulho a data da citação. Logo, impõe-se ao réu o dever de restituir o imóvel, indenizando os demais herdeiros pelo uso exclusivo do bem, com amparo no art. 582, do CC/2002, devendo, ainda, arcar com as despesas inadimplidas a título de água e luz no período da ocupação, bem como IPTU na proporção da sua cota-parte. 8. Não demonstrada a realização de benfeitorias úteis e necessárias no imóvel em questão, não há que se falar em condenação do espólio ao pagamento de indenização a esse título. 9. Apelo não provido.

(TJ/DFT - Ap. Cível n. 20140410042902APC - 4a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Arnoldo Camanho** - Fonte: DJ, 08.11.2016).

### **Incorporadora possui responsabilidade objetiva quanto a vícios e defeitos de construção**

Recurso Especial (art. 105, inc. III, “a”, CF/88) - Ação cominatória - Responsabilidade civil de incorporadora - Vícios e defeitos de construção - Tribunal de origem que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando as rés à reparação, conforme o conteúdo do laudo pericial, bem como dos danos que vierem a ser constatados nas edificações até o trânsito em julgado da sentença. Insurgência da ré incorporadora. Responsabilidade objetiva - Inteligência do art. 12 do CDC - Sentença condicional - Inexistência - Recurso especial desprovido. Pretensão cominatória deduzida por condomínio em face de incorporadora, ante a existência de vícios e defeitos de construção em seus edifícios. Juízo singular que julgou procedentes os pedidos. Corte *a quo* que manteve a sentença, apenas excluindo da condenação parte dos vícios e defeitos apontados, reputando-se não demonstrada a culpa exclusiva dos condôminos, entendendo pela inexistência de sentença condicional. 1. Nos termos do art. 12 do CDC, a responsabilidade da incorporadora, promotora e realizadora da construção dos edifícios do condomínio, é objetiva, dispensando a comprovação de culpa. Precedentes. 2. Demonstrado o fato constitutivo do direito do recorrido (art. 333, inciso I, do CPC/73), esgotou-se o seu ônus probatório, cabendo à recorrente, para afastar sua responsabilidade objetiva, demonstrar uma das causas excludentes donexo causal ou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 12, § 3º, do CDC, c/c 333, inciso II, do CPC/73), o que não ocorreu na espécie, não havendo que se falar em distribuição equivocada dos ônus pro-

batórios. 3. Entregue a obra, a determinação pelas instâncias ordinárias de reparação de vícios ou defeitos, presentes naquela ocasião, mas posteriormente constatados, até o trânsito em julgado da sentença, refere-se à obrigação atual e certa, não se consubstanciando em provimento jurisdicional condicional. Precedentes. 4. Recurso especial desprovido, mantendo-se na íntegra o acórdão recorrido.

(STJ - Rec. Especial n. 1625984/MG - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Marco Buzzi** - Fonte: DJ, 04.11.2016).

### Magistrado deve agir com cautela ante ação de reintegração de posse velha sem o preenchimento dos requisitos do art. 273/NCP

Agravo de instrumento. Posse (bens imóveis). Ação de reintegração de posse. Antecipação de tutela. Posse velha. Tratando-se de posse velha - esbulho ocorrido há mais de ano e dia -, é viável juridicamente a reintegração de posse em sede de antecipação dos efeitos da tutela desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC/73. A prova inequívoca do alegado e a verossimilhança da alegação associadas a uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 273 do CPC/73 são requisitos que devem ser preenchidos para o deferimento da referida medida. Ausentes estes requisitos, resulta inviável o deferimento da antecipação de tutela pleiteada. No caso concreto, não se verifica a ocorrência de prova inequívoca da alegado nem dano irreparável ou de difícil reparação, recomendando-se parcimônia na modificação da situação fática consolidada há vários anos. Por essas razões, impõe-se a reforma da decisão agravada. Necessidade do crivo do contraditório. Agravo de Instrumento provido.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70068816602 - 19a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marco Antonio Angelo** - Fonte: DJ, 16.12.2016).

### Se os direitos sobre o imóvel foram transferidos a terceiro de boa-fé, não é possível a rescisão do negócio jurídico, mesmo com a ocorrência de inadimplemento contratual

Civil. Alienação de imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal. Inadimplemento contratual do cessionário e de seu procurador. Não quitação do saldo devedor. Rescisão do instrumento particular de cessão de direitos. Cancelamento da procuração outorgada pelas cedentes. Resolução do negócio jurídico subjacente de compra e venda realizada com terceiros de boa-fé. Inviabilidade. Reparação por danos materiais. Impossibilidade. Danos morais. Majoração do *quantum* indenizatório. Não cabimento. Valor fixado em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso desprovido. 1 - Tendo em vista que os direitos sobre o imóvel objeto do instrumento particular de cessão de direitos celebrado entre as apelantes/cedentes e os apelados/cessionários foram transferidos para terceiros cuja boa-fé é presumida, não mais se mostra possível a rescisão daquele negócio jurídico, devendo eventual inexecução contratual, se o caso, ser resolvida em perdas e danos. 2 - Para anular a transação de compra e venda de bem imóvel, exige-se a presença, com provas conclusivas, de vícios do ato jurídico, como o erro, dolo, coação, simulação ou fraude (CC, art. 171) ou a presença de quaisquer das hipóteses de nulidades previstas no art. 166 do CC. 3 - O contrato particular de cessão de direitos e substabelecimento do mandato por instrumento público é forma incontestável para transferir direitos sobre bem imóvel, sendo válidos até prova em contrário da boa-fé dos adquirentes. 4 - Não havendo qualquer indício que afaste a presunção de boa-fé da terceira adquirente na aquisição do imóvel, tampouco qualquer hipótese de nulidade ou de vícios (CC, arts. 166 e 171), em atenção ao princípio da segurança

jurídica, o negócio jurídico entabulado entre ela e o primeiro cessionário e seu procurador deve ser considerado válido nos termos do disposto no art. 167, § 2º do Código Civil. 5 - Inadmissível o direcionamento de pedido com cunho possessório ou ressarcitório contra o terceiro possuidor de boa-fé, diante do disposto no art. 1.212 do Código Civil. 6 - Na inviabilidade de rescisão do negócio jurídico de compra e venda realizado com terceiros de boa-fé, não há se falar em indenização por lucros cessantes pelo uso do imóvel, tampouco em reversão da posse em favor das cedentes originárias. 7 - Tendo em vista a impossibilidade de rescisão do negócio jurídico primitivo firmado entre as apelantes (cedentes hipotecárias originárias) e os dois primeiros apelados (cessionário e procurador), eventuais perdas e danos materiais decorrentes do inadimplemento contratual de tais apelados (não quitação do saldo devedor) deve ser analisado em face dos terceiros de boa-fé atuais detentores dos direitos sobre o imóvel. 8 - Caso o cessionário e seu procurador não cumpram a obrigação de quitar o saldo devedor a que foram condenados em ação judicial diversa, tal descumprimento gerará consequências diretas para os terceiros adquirentes de boa-fé, já que poderão vir a perder o imóvel caso a credora hipotecária - Caixa Econômica Federal - venha retomá-lo por falta de quitação da dívida. 9 - Para o arbitramento do valor de indenização por danos morais, devem ser levados em consideração as circunstâncias do caso concreto, o grau de lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica das partes, a fim de se fixar uma quantia que não seja tão grande que se torne fonte de enriquecimento sem causa da vítima, nem tão inexpressiva a ponto de não atingir seu caráter compensatório e punitivo. 10 - Considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto, o grau de lesividade do ato ilícito e capacidade econômica das partes, entende-se que o *quantum* fixado na sentença (R\$ 15.000,00)

mostra-se razoável e proporcional à conduta dos réus e ao prejuízo sofrido pelas autoras, não merecendo qualquer majoração. 11 - Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/DFT - Ap. Cível n. 20150111286593APC - 5a. T. Cív. Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria Ivatônia** - Fonte: DJ, 08.11.2016).

## PROCESSO CIVIL

### Decretação de falência não interrompe impugnação ao cumprimento de sentença

Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Impugnação ao cumprimento de sentença. Recuperação judicial. Suspensão. Nos termos do § 1º do art. 6º da Lei 11.101/05, a decretação de falência ou deferimento de recuperação judicial não suspende o curso de ação em que se demandar quantia ilíquida. Na hipótese dos autos, tratando-se de impugnação ao cumprimento de sentença relativa ao *quantum* executado, deve ter prosseguimento até a efetiva liquidação do valor devido. Agravo de instrumento desprovido.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70070888508 - 19a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marco Antonio Angelo** - Fonte: DJ, 16.12.2016).

### É irrelevante o nome atribuído à ação para a determinação de sua natureza jurídica

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Cheques prescritos. Ação ordinária de cobrança. Ausência de indicação da *causa debendi*. Improcedência do pedido. Agravo não provido. 1. Esta Corte Superior possui entendimento firmado de que o nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição da sua natureza jurídica, que tem a sua definição com base no pedido e na causa de pedir. 2. Não tendo o autor apresentado nenhuma fundamentação (causa de pedir) acerca do negócio que

deu origem ao título prescrito, requisito essencial ao ajuizamento da ação pelo rito ordinário, impõe-se a improcedência da ação de cobrança. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Interno no Agravo em Rec. Especial n. 778247/RJ - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Raul Araújo** - Fonte: DJ, 03.08.2016).

#### NOTA BONIJURIS: Nesse sentido:

*“Civil e Processual Civil. Ação de cunho ressarcitório decorrente de cessão de cotas sociais declarada nula. Falsificação de assinatura. Nomenclatura da ação. Irrelevância. Ação direcionada ao sócio que praticou a fraude e herdeiros. Condenação da sociedade. Balanço de determinação. Ausência de pedido. Julgamento extra petita evidenciado. 1. O nome ou título da ação utilizado pelo autor, na inicial, não conduz nem tampouco condiciona a atividade jurisdicional, a qual está adstrita tão-somente à causa de pedir e ao pedido. Precedentes. 2. A causa de pedir da presente demanda reside nos alegados danos decorrentes da realização de negócio jurídico (cessão de cotas sociais) declarado nulo, por sentença transitada em julgado, sendo certo, por outro lado, que o pedido consiste na apuração e ressarcimento dos prejuízos decorrentes desta anulação, nada se pleiteando acerca da elaboração de “balanço de determinação”. 3. Caracteriza-se o julgamento extra petita quando a ação é ajuizada em face de pessoas naturais, sócio e herdeiros, com o escopo de ressarcimento de prejuízos advindos de cessão de cotas anulada, e o acórdão condena a sociedade a apurar, mediante “balanço de determinação”, os prejuízos apontados pela autora, porque tal determinação sequer foi pleiteada na inicial e também porque a sociedade não é parte no processo. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.” (REsp 819.658/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/10/2010, DJe de 25/10/2010)*

### Excepcionalmente é possível a penhora de valor depositado em conta corrente

Recurso Especial. Execução extrajudicial. Penhora de valores em conta salário. Excepcional possibilidade. Questão a ser sopesada com base na teoria do mínimo existencial. 1. Controvérsia em torno da possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante. 2. A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. 3. Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado. 4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão. 5. Recurso Especial desprovido. (STJ - Rec. Especial n. 1514931/DF - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Paulo de Tarso Sanseverino** - Fonte: DJ, 06.12.2016).

### Filhos possuem legitimidade para pleitear a intangibilidade patrimonial do bem de família

Apelação cível e recurso adesivo. Direito privado não especificado. Execução. Embargos de terceiro. Impenhorabilidade do bem de família. A legitimidade para pleitear a intangibilidade patrimonial do bem de família se estende também aos filhos, integrantes do núcleo familiar. A impenhorabilidade do bem imóvel indivisível, sobre cuja fração ideal recai a constrição, importa na salvaguarda do bem em sua inteireza. Precedentes jurisprudenciais. Apelação desprovida. Homologada a desistência do recurso adesivo. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70070686266 - 19a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mylene Maria Michel** - Fonte: DJ, 16.12.2016).



## Ministério Público é legítimo para propor ação coletiva objetivando proteção ao direito à saúde de pessoa hipossuficiente

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Ação civil pública. Ministério Público. Tratamento de saúde. Fornecimento de medicamentos. Direito individual indisponível. Legitimidade. Precedentes. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado segundo o qual o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde, por configurar tutela de direito fundamental indisponível. III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV - Agravo Interno improvido. (STJ - Ag. Interno no Rec. Especial n. 1588315/MG - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Regina Helena Costa - Fonte: DJ, 07.10.2016).

## Prazo para propositura de execução contra a Fazenda Pública é de cinco anos

Agravo Interno. Embargos de divergência. Ausência de prequestionamento, no acórdão embargado, da tese defendida nas razões recursais. Não configuração do dissídio. Administrativo. Dívida em desfavor da fazenda pública. Execução. Prescrição quinquenal. Agravo improvido. 1. Segundo consolidada jurisprudência desta Corte Superior, para o conhecimento dos embargos de divergência, exige-se o devido prequestionamento da tese de direito suscitada. 2. No caso

discutido nos autos, constata-se que a tese suscitada nos embargos de divergência no sentido de que somente em 10/5/2004 é que o título judicial se tornou certo e exigível a todos os servidores do INSS, iniciando-se a partir dessa data a contagem do prazo prescricional de 5 anos para o exercício da pretensão executiva não foi debatida no acórdão embargado, não sendo possível a configuração do alegado dissenso pretoriano. Julgados da Corte Especial. 3. Ademais, os embargos de divergência não se prestam para correção de alegadas injustiças, tendo por função precípua a uniformização da jurisprudência entre os órgãos julgadores deste Sodalício. 4. Conforme pacificado na Terceira Seção, o prazo para propositura de execução contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 e da Súmula 150 do STF, é de cinco anos, contados do trânsito em julgado do processo de conhecimento. Precedente: (AgRg nos EmbExeMS 537/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 24/02/2016, DJe 02/03/2016). 5. Agravo interno improvido. (STJ - Ag. Interno nos Embs. de Divergência em Rec. Especial n. 1121095/PR - 3a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Jorge Mussi - Fonte: DJ, 02.12.2016).

## PENAL E PROCESSO PENAL

### É possível a substituição da prisão cautelar pela domiciliar em decorrência do instável estado de saúde da ré e da importância dos cuidados de filho menor

*Habeas corpus*. Estelionatos. Prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. Necessidade de salvaguardar a ordem pública. Paciente portadora de doenças graves. Filho menor de 12 (doze) anos. Pri-

são domiciliar. Liminar confirmada. Monitoração eletrônica. Não cabimento. Concessão parcial do pedido de ordem. A precariedade do estado de saúde da paciente e a importância dos seus cuidados com o filho menor de 12 (doze) anos, associadas à gravidade não exacerbada dos crimes supostamente perpetrados, recomendam a substituição da segregação cautelar pela prisão domiciliar.

(TJ/SC - *Habeas Corpus* n. 4014686-27.2016.8.24.0000 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho - Fonte: DJ, 30.11.2016).

### Juizado da infância e juventude possui competência para processar e julgar crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Falta de cabimento. Prática, em tese, do crime de estupro de vulnerável. Prisão em flagrante delito. Alegação de incompetência do juízo. Posicionamento desta corte superior no sentido de ser competente o juizado da infância e juventude. Crimes sexuais. Ausência de constrangimento ilegal. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. Conforme decisões das Turmas que compõem a Terceira Seção, unificou-se o entendimento, na linha dos precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, de ser possível atribuir-se ao Juizado da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes. 3. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 316292/RS - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior - Fonte: DJ, 06.10.2016).

## Lapso para a interposição do agravo no âmbito criminal não foi alterado pelo novo Código de Processo Civil

Agravo regimental no pedido de reconsideração no agravo em recurso especial. Interposição após o prazo de 5 (cinco) dias previsto na Lei 8.038/1990. Recurso intempestivo. Novo Código de Processo Civil. Inaplicabilidade. Precedentes. Aresp. Interposição fora do quinquídio legal. Agravo regimental não conhecido. 1. O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não obedece às regras do novo CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, Lei 13.105/2015). 2. Isso porque, no ponto, não foi revogada, expressamente, como ocorreu com outros de seus artigos, a norma especial da Lei 8.038/1990 que estabelece o prazo de cinco dias para o agravo interno. 3. Precedente recente desta Corte: AgInt no CC 145.748/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13/04/2016, DJe 18/04/2016. 4. Por outro lado, o prazo para a interposição de agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial criminal, à época, era de 5 (cinco) dias, de acordo com o art. 28, *caput*, da Lei n. 8.038/1990 e com o verbete n. 699 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental não conhecido. (STJ - Ag. Regimental no Ped. de Reconsideração no Agravo em Rec. Especial n. 936277/PI - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Reynaldo Soares da Fonseca** - Fonte: DJ, 28.11.2016).

## Magistrado deve pautar-se pela razoabilidade ao fixar a dosimetria da pena

Penal e processual penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime de ameaça. Reincidência. Aumento acima

de 1/6. Ausência de fundamento. Impossibilidade. Ilegalidade flagrante. Precedentes do STJ. Agravo improvido. 1. Nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, o que ocorreu na espécie. 2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto) (HC 282.593/RR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014). 3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no *Habeas Corpus* n. 373429/RJ - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Nefi Cordeiro** - Fonte: DJ, 13.12.2016).

## Transação penal não significa reconhecimento da culpabilidade nem da responsabilidade civil

Recurso Especial. Ação de indenização por danos morais. Transação penal. Realização. Reconhecimento de culpa. Impossibilidade. Art. 535 do CPC/1973. Súmula n. 284/STF. Fundamentos. Ausência de impugnação. Súmula n. 283/STF. Demonstração de nexos de causalidade. Não ocorrência. Súmula n. 7/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a transação penal disposta na Lei n. 9.900/1995 importa reconhecimento de culpabilidade do réu a ensejar a pleiteada indenização por danos morais. 2. O instituto pré-

-processual da transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil. Precedentes. 3. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas não especifica a omissão, contradição ou obscuridade a que teria incorrido o aresto impugnado e qual sua importância no desate da controvérsia, é deficiente em sua fundamentação, atraindo o óbice da Súmula n. 284/STF. 4. Não havendo impugnação dos fundamentos da decisão atacada, incide na espécie a Súmula n. 283/STF. 5. O Tribunal estadual concluiu pela ausência de comprovação do nexos causal e de culpa do recorrido, não sendo possível a esta Corte rever tal entendimento, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula n. 7/STJ. 6. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1327897/MA - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva** - Fonte: DJ, 15.12.2016).

## Válido o interrogatório do réu realizado antes da vigência da Lei 11.719/08

Recurso especial. Roubo circunstanciado. Autodefesa. Ausência do réu preso na oitiva de testemunhas de acusação por meio de carta precatória. Nulidade relativa. Falta de comprovação do prejuízo. Dúvida acerca da situação do réu no momento das oitivas. Interrogatório do acusado realizado antes da vigência da Lei n. 11.719/2008. Desnecessidade de renovação do ato. Ausência de interesse na repetição manifestada pela defesa. Nulidades não constatadas. Recurso provido. 1. O direito de presença - como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) - assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o

imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum. 2. Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica - conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 -, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências de inquirição das testemunhas de acusação, por meio de carta precatória, não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato - são imprescindíveis a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e do STJ. 3. Não é possível afirmar, com certeza, a situação prisional do recorrido, pois a Juíza de primeiro grau, ao proferir sentença, asseverou que ele já havia sido beneficiado com a concessão de liberdade provisória quando foram realizadas as audiências por carta precatória (6/11/2007 e 3/12/2007), enquanto o Tribunal estadual declarou que o réu somente foi solto em 25/3/2009. 4. Inexiste registro de pedido do réu - supostamente preso - de participar das audiências deprecadas e a nulidade não foi suscitada pela defesa na primeira oportunidade em que teve para falar nos autos, momento em que deveria ser arguida. 5. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, é válido o interrogatório do réu realizado antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, e a falta de renovação do interrogatório como último ato de instrução processual não implica nulidade do processo, pois houve o cumprimento da legislação anterior, à luz da regra *tempus regit actum* (art. 2º do CPP). 6. O Juízo de primeiro grau intimou a defesa para informar se havia interesse em novo interrogatório do réu, antes de declarar encerrada a instrução processual; a Defensoria Pública manifestou-se, afirmando, expressamente, inexistir interesse na repetição do ato. 7. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o re-

torno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do apelo defensivo.

(STJ - Rec. Especial n. 1340710/RS - 6a. T.

- Ac. unânime - Rel.: Min. **Rogério Schietti**

**Cruz** - Fonte: DJ, 17.11.2016).

## TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

### Caixa demitida por ofender empresa em rede social não reverte justa causa

Agravo de Instrumento em recurso de revista não regido pela Lei 13.015/2014. Reversão da justa causa (Súmula 126/TST). Dispensa imotivada. Projeção do aviso prévio. Integração do vale-alimentação. Dano moral. Análise conjunta e sucessiva. Prejudicialidade. O Tribunal Regional do Trabalho, com base nas circunstâncias fático-probatórias, concluiu que não houve ilegalidade na aplicação da pena de dispensa por justa causa. Destacou a Corte Regional que "... a reclamante, utilizando-se da rede social denominada FACEBOOK, cometeu atos contrários à ética que se espera de todo empregado." e que "... a autora postou em seu perfil no FACEBOOK mensagens ofensivas, utilizando palavras de baixo calão, denegrindo a imagem da reclamada, e não se limitando aí, mas ofendendo até mesmo os clientes da drogaria.". Destacou, ainda, que, em sendo grave o ato praticado pela Reclamante, a aplicação direta da pena de dispensa foi conduta razoável e escorreita. Assim, para se acolher a principal pretensão recursal da Agravante - no sentido de que a justa causa foi aplicada de forma indevida, sem a comprovação dos fatos ensejadores e sem observância à gradatividade na aplicação das penas-, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado nesta instância recursal, conforme a diretriz consubstanciada na Súmula 126/TST. As demais pretensões recursais (inte-

gração do vale-alimentação ao período de aviso prévio indenizado e condenação em razão do suposto dano moral) ficam com a análise comprometida em razão da prejudicialidade. Agravo de instrumento não provido.

(TST - Ag. Regimental do Rec. de Revista

n. 1649-53.2012.5.03.0007 - 7a. T. - Ac.

unânime - Rel.: Min. **Douglas Alencar**

**Rodrigues** - Fonte: DJ, 19.12.2016).

### Gerente da CEF sem poder de mando e gestão terá direito a hora extra

Agravo. Agravo de instrumento em recurso de revista. Decisão monocrática denegatória de seguimento proferida no âmbito da presidência do tribunal superior do trabalho. Caixa econômica federal. Gerente regional de negócios e gerente regional. Moldura fática do acórdão recorrido. Ausência de poderes de mando e gestão. Pretensão de enquadramento na exceção do art. 62, II, da CLT. Óbice da súmula 126/TST. Impõe-se confirmar a decisão agravada, na qual constatada a ausência de violação direta e literal de preceito de lei federal ou da Constituição da República, bem como a não configuração de divergência jurisprudencial hábil e específica, nos moldes das alíneas "a" e "c" do artigo 896 da CLT, uma vez que as razões expendidas pela agravante não se mostram suficientes a demonstrar o apontado equívoco em relação a tal conclusão. Agravo conhecido e não provido.

(TST - Ag. de Instrumento em Rec. de

Revista n. 1529-80.2013.5.07.0001 - 1a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Hugo Carlos**

**Scheuermann** - Fonte: DJ, 12.12.2016).

### Mantida a responsabilidade de construtora por acidente em ônibus contratado para transporte de funcionários

Indenização. Dano moral. Acidente de trânsito ocorrido em transporte contratado pela empregadora para condução dos empregados ao local de trabalho. Responsabilidade civil. Cinge-se a



controvérsia a saber o grau de responsabilidade da empregadora pelo acidente sofrido pelo empregado durante o trajeto ao local de trabalho em transporte contratado pela reclamada, para fins de indenização por danos morais. A jurisprudência desta Corte tem decidido que a responsabilidade do empregador é objetiva no caso em que o acidente de trânsito ocorre durante o transporte do empregado em veículo fornecido pela empresa, com fundamento nos arts. 734 e 735 do Código Civil (aplicáveis ao Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT), porquanto o empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao transportador, assumindo o ônus do transporte do empregado ao local de trabalho e os riscos por eventuais acidentes ocorridos no trajeto, ainda que por culpa exclusiva de terceiro. Desse modo, diante da responsabilidade fixada por lei para o transportador, é perfeitamente aplicável à hipótese dos autos o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil - teoria do risco. Ressalta-se que, nos termos dos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil, o empregador responde pelos atos praticados por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, ainda que não haja culpa de sua parte. Portanto, não há falar em ofensa aos artigos 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal e 927, parágrafo único, do Código Civil. Recurso de revista não conhecido.

(TST - Rec. de Revista n. 112000-

80.2008.5.01.0204 - 2a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Renato de Lacerda Paiva** - Fonte: DJ, 09.12.2016).

### **Pais de entregador de supermercado morto em acidente com moto vão receber indenização**

Agravo de instrumento em recurso de revista em face de decisão publicada antes da vigência da Lei n. 13.015/2014. Responsabilidade civil objetiva do em-

pregador. Acidente de trabalho. Motociclista. Excludente do nexo causal. Culpa exclusiva da vítima. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista, uma vez que foi demonstrada possível violação ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Recurso de revista. Nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional. Ante a possibilidade de decisão favorável aos recorrentes, não se aprecia a nulidade arguida, com esteio no artigo 282, § 2º, do CPC/2015. Responsabilidade civil objetiva do empregador. Acidente de trabalho. Motociclista. Excludente do nexo causal. Culpa exclusiva da vítima. O artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal consagra a responsabilidade subjetiva do empregador pelos danos decorrentes de acidente de trabalho sofrido pelo empregado. Tal preceito, todavia, não exclui a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que admite a responsabilidade objetiva, nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique risco para o direito alheio. Isso porque há atividades em que é necessário atribuir-se um tratamento especial, a fim de que sejam apartadas do regime geral da responsabilidade, em virtude do seu caráter perigoso, sempre presente na execução cotidiana do trabalho. Nesses setores, não se pode analisar a controvérsia à luz da Teoria da Culpa; há risco maior e, por isso mesmo, quem o cria responde por ele. Não se indaga se houve ou não culpa; atribui-se a responsabilidade em virtude de haver sido criado o risco, numa atividade habitualmente exercida. Tal ocorre com o trabalho do motociclista que cotidianamente nas ruas fica submetido à probabilidade substancialmente maior de ser vítima de acidentes de trânsito, sujeito, portanto, a inúmeros fatores de risco, desde mordidas de cachorro até buracos na pista, passando pela imprudência dos motoristas de automóveis. Reconhecida a responsabilidade objetiva,

mesmo sendo possível excluir o nexo de causalidade, a partir da constatação de culpa exclusiva da vítima, é necessário haver prova cabal e contundente desse fato. No caso, a Corte Regional presumiu a culpa da vítima, em razão de não ter encontrado outros elementos que justificassem o acidente. Todavia, a mera existência de fatores favoráveis, relacionados ao clima, às condições da pista, do veículo e da forma como o trabalho era desenvolvido, não autoriza atribuir ao empregado a responsabilidade pelo infortúnio, ainda mais, em caráter exclusivo. Nem mesmo a prova testemunhal, no sentido de que ele costumava exceder o limite de velocidade, é suficiente para caracterizar a culpa, porque não se referiu especificamente à sua conduta no evento em discussão. Igualmente, o fato de ter colidido com a traseira de um caminhão também não é prova de que tenha agido com negligência, uma vez que, mesmo guiando dentro das normas de segurança, poderia ter sido surpreendido com uma freada brusca do veículo à sua frente, sem que pudesse ter evitado a colisão. Ainda que esteja patente a diligência do empregador, no tocante às condições de trabalho ofertadas ao empregado, conforme constou expressamente do acórdão regional, se não há elementos seguros para afirmar como ocorreu o acidente e evidenciar a culpa exclusiva da vítima, prevalece a responsabilidade objetiva, como decorrência legal da exploração de atividade de risco. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST - Rec. de Revista n. 1771-

21.2012.5.18.0081 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Cláudio Mascarenhas Brandão** - Fonte: DJ, 09.12.2016).

**NOTA BONIJURIS:** *A propósito da caracterização da atividade como de risco, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, na obra "Direito civil constitucional, 3ª ed. rev. atual da 2ª ed. da obra O Direito civil na Constituição de 1988,*

*São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161-170”, informam que: “A caracterização da atividade como de risco pode basear-se em critérios naturais ou jurídicos, estando albergados, no primeiro caso, aquelas em que o perigo decorre da sua própria natureza (periculosidade intrínseca), como no transporte de valores, abastecimento de aeronaves, fabricação de explosivos e de produtos químicos, ou em virtude dos meios utilizados (substâncias, aparelhos, máquinas e instrumentos perigosos) - tomados no sentido dinâmico, postos em ação, como meios, nas mãos dos homens -; no segundo, as consagradas nas práticas legislativas e reconhecidas como tais pela jurisprudência”.*

### **Sindicato não consegue obrigar empresa inscrita no Simples a pagar contribuição sindical**

Recurso de Revista - Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. A Corte regional entregou a prestação jurisdicional em sua plenitude, adotando posicionamento firme no sentido da isenção das microempresas quanto às contribuições previdenciárias, por força de previsão legal e rechaçando as alegações do Sindicato em sentido contrário. Ileso, assim, o inciso IX do art. 93 da Magna Carta. Recurso de revista não conhecido. Arguição de julgamento *ultra petita*. As Instâncias ordinárias interpretaram os pedidos formulados na exordial, que, de fato, como bem pontuado pelo Tribunal Regional, tinham contornos continuativos, na medida em que a empresa-autora postulou ao juízo nos itens 2 e 4 que fosse emitido: “a favor do Requerente o certificado de regularidade sindical, como determina o Dissídio Coletivo da Classe 2011/2012 (...); 4 - Obrigar o Requerido a renovar este Certificado toda vez que o Requerente solicitar, provando estar em dia com as obrigações sindicais e na

forma das Leis 123/06 e 128/08, que isenta do pagamento da Contribuição Sindical Patronal Urbana”. Dessa forma, a declaração de inexigibilidade da Contribuição Sindical dos exercícios subsequentes teve por fundamento a postulação deduzida no item 4, não se divisando julgamento *ultra petita*. Recurso de revista não conhecido. Contribuição sindical - Empresa inscrita no Simples Nacional - Isenção - Norma coletiva - Impossibilidade de afastar a isenção prevista em Lei - Princípio da reserva legal. Segundo jurisprudência pacificada desta Corte Superior, a empresa de pequeno porte inscrita no Simples Nacional está isenta do pagamento da contribuição sindical patronal, por força da Lei n. 9.317/96. Precedentes. Incidência da Súmula n. 333 do TST. A pretensão do sindicato de afastar a isenção das empresas inscritas no Simples que pretendam se beneficiar da autorização para a abertura do comércio aos domingos, conforme previsto em norma coletiva, esbarra no princípio da reserva legal previsto no art. 150, § 6º, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido.

(TST - Rec. de Revista n. 589-

58.2012.5.03.0035 - 7a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. **Vieira de Mello Filho** - Fonte: DJ, 25.11.2016).

### **Trabalhador que perdeu visão no corte de cana receberá indenização por dano moral**

Recurso de Revista. Dano moral. Perfuração ocular. Redução visual. Acidente de trabalho. Configuração. 1. Ao exame do pleito indenizatório, o TRT relatou, com base no laudo pericial, que, em razão de infortúnio ocorrido no âmbito da empresa, o reclamante “teve uma perda visual importante” com “redução na capacidade laborativa do autor, notadamente para a função que vinha exercendo”. Registrou que “o exame de fl. 18 não aponta nenhuma sequela advinda da conjun-

tivite” e que, “embora o exame oftalmológico que auxiliou a confecção do laudo pericial (fl. 217), tenha apontado a existência de catarata como provável etiologia traumática, em seus esclarecimentos o Sr. Vistor afirmou que no presente caso a catarata tem como causa o trauma sofrido”. Acrescentou, ainda, que “não comprovada a entrega e utilização de dito equipamento de proteção, restou configurada a culpa da empregadora pelo acidente, gerador da lesão no olho do reclamante” e que “bastaria uma cautela simples, como a entrega e exigência de efetivo uso dos óculos de proteção para que o infortúnio fosse evitado”. 2. Demonstrados o fato lesivo, o nexo de causalidade e a conduta culposa da empregadora - negligente em promover um meio ambiente de trabalho seguro -, o deferimento de indenização por danos morais, na espécie, não implica afronta aos artigos 7º, XXVIII, da Constituição da República; 186 e 927 do CCB e 157 da CLT. Divergência jurisprudencial específica não demonstrada (Súmula 296/TST). Recurso de revista não conhecido, no tema. Indenização material. Cálculo da pensão. Limite do pagamento até os 65 anos de idade. Fundada a insurgência, no tema, tão somente em divergência jurisprudencial, inviável o trânsito do recurso de revista quando os arestos colacionados são inespecíficos, a teor da Súmula 296/TST. Recurso de revista não conhecido, no tema. Dano moral. Valor da indenização. 1. O TRT manteve a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). 2. Considerando o quanto descrito no v. acórdão regional e em respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, observadas a extensão do dano, as condições econômicas dos litigantes, bem como a dupla finalidade da indenização - compensar o ofendido e punir o ofensor, desestimulando a prática do ato lesivo, conclui-se por adequado o va-

lor fixado a título de indenização por danos morais, uma vez que contempla a necessária proporcionalidade consagrada nos arts. 944, parágrafo único, do Código Civil e 5º, V, da Lei Maior. Inviolados os arts. 944 do CCB e 5º, V, da CF. Recurso de revista não conhecido, no tema. Honorários advocatícios. Ausência de assistência sindical. Não cabimento. 1. Pacificado nesta Corte o entendimento de que, “na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família” (Súmula 219, I, desta Corte). 2. No caso, ao manter o deferimento dos honorários advocatícios a despeito da ausência de assistência sindical, a Corte de origem destoou do referido verbete. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.

(TST - Rec. de Revista n. 54200-

28.2005.5.15.0134 - 1a. T. - Ac. unânime -

Rel.: Min. **Hugo Carlos Scheuermann** - Fonte: DJ, 12.12.2016).

## ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

### Autotutela do Poder Público implica a obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade

Administrativo. Mandado de Segurança. Professora da rede de ensino municipal. Processo administrativo que suprimiu a incorporação de carga horária. Princípios do contraditórios e da ampla defesa observados. Poder-dever de autotutela. Súmula 473/STF.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela recorrente contra ato do Prefeito do Município de Lagarto/SE, que, em processo administrativo, retirou da impetrante vantagem pecuniária decorrente da incorporação de carga horária deferida em processo administrativo anterior. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que a atuação da Administração Pública deve pautar-se, estritamente, nos comandos da lei. Aliás, justamente com supedâneo no princípio da legalidade, à Administração Pública é conferido o poder de autotutela, incumbindo-lhe, assim, o dever de rever os seus atos, quando eivados de nulidades, anulando-os, tendo de, em qualquer caso, entretanto, observar o correspondente processo administrativo e as garantias individuais, o que ocorreu na hipótese em exame. 3. Desse modo, verifica-se a legalidade da revogação da incorporação controvertida, uma vez observados os princípios do contraditório e da ampla defesa em regular procedimento administrativo prévio, e também porque o teor da Súmula 473 do STF não deixa dúvidas acerca do poder de autotutela da Administração Pública em anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, porque deles não se originam direitos. 4. Ademais, é “certo que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma prerrogativa, como também uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade em hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam as Súmulas 346 e 473, do STF e o art. 53 da Lei n. 9.784/99” (MS 16.141/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2/6/2011). 5. Não havendo direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente, deve ser mantido o aresto proferido na origem. 6. Recurso Ordinário não provido. (STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 49379/SE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Herman Benjamin** - Fonte: DJ, 19.12.2016).

### Caracteriza dano moral o extravasamento de esgoto e detritos em terreno particular, com forte odor e risco de doenças, causado por falha da companhia de saneamento

Apelação cível. Administrativo. Companhia de saneamento ambiental. Implantação de rede de esgoto. Instalação de caixas de esgoto no interior de lotes. Extravasamento no período de chuvas. Dever de reparar as instalações. Mau cheiro e risco de doenças. Danos morais caracterizados. Valor dos honorários advocatícios. Fixação em patamar razoável. Negou-se provimento ao apelo da ré. 1. As pessoas de direito público e privada, na qualidade de prestadoras de serviço público, respondem objetivamente pelos prejuízos causados a terceiros por atos de seus prepostos (art. 37, § 6º, CF). 2. Se a Companhia de Saneamento optou por instalar caixas de esgoto no interior dos lotes do autor, durante a implantação da rede de esgoto no Bairro, deve adotar as medidas necessárias para evitar os constantes extravasamentos de esgoto no período das chuvas, que invadem os lotes da parte autora. 3. Caracteriza dano moral o extravasamento de esgoto e detritos no lote do autor, na época das chuvas, com forte odor e risco de doenças, causado pela instalação da rede de esgoto. 4. Para o arbitramento do valor da indenização por danos morais devem ser levados em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de se fixar uma quantia moderada, que não resulte inexpressiva para o causador do dano. No caso, mantém-se o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 5. Mantido o valor dos honorários advocatícios (R\$ 1.500,00), tendo em vista que fixado de acordo com o que estabelece o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/1973, então vigente. 6. Negou-se provimento ao apelo da ré. (TJ/DFT - Ap. Cível n. 20130110753630APC - 4a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sérgio Rocha** - Fonte: DJ, 04.11.2016).



## Enquadramento ou reenquadramento de servidor público não refletem relação de trato sucessivo

Administrativo e Civil. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial. Servidores públicos. SUDENE. Plano de classificação de cargos. Lei 5.645/70. Pretensão de reenquadramento como analista de planejamento e orçamento. Prescrição do direito de ação. Matéria uniformizada, no julgamento do EResp 1.449.497/PE, pela primeira seção do STJ. Agravo interno improvido. I. Agravo interno interposto contra decisão monocrática publicada em 26/08/2016, que, por sua vez, aditada pelos Declaratórios, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Discute-se, nos autos, o prazo prescricional para os servidores impugnarem o enquadramento funcional realizado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, quando da extinção da SUDENE, por não terem sido incluídos no Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei 5.645/70, com a consequente transformação de seus cargos nos de Analista de Planejamento e Orçamento. III. Revisitando a matéria, a Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que, no caso, a pretensão envolve o reconhecimento de uma nova situação jurídica fundamental, e não os simples consectários de uma posição jurídica já definida, tratando-se o enquadramento ou reenquadramento de servidor público de ato único, de efeitos concretos, que não reflete uma relação de trato sucessivo. A prescrição, portanto, atinge o próprio fundo de direito, sendo inaplicável o disposto na Súmula 85/STJ (STJ, EREsp 1.449.497/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 03/09/2015). No mesmo sentido: STJ, EREsp 1.428.364/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Primeira Seção, DJe de 19/04/2016; AgRg

no AgRg no REsp 1.422.643/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/03/2014. IV. Nesse contexto, a compreensão firmada pelo Tribunal de origem encontra-se em sintonia com a jurisprudência dominante no STJ, merecendo ser mantida a decisão que negou provimento ao apelo nobre, notadamente em razão de a Corte Especial do STJ, na sessão ordinária de 16/03/2016, ter aprovado o enunciado da Súmula 568/STJ, de seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no STJ, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 861.106/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 26/04/2016; AgRg no HC 202.709/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 25/04/2016. V. Agravo interno improvido.

(STJ - Ag. Interno nos Embs. de Declaração no Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1464265/PE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Assusete Magalhães - Fonte: DJ, 22.11.2016).

## Indenização a preso agredido na cadeia após ser identificado como estuprador

Apelação. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Agresão de detento. Improcedência. Inconformismo. Responsabilidade objetiva do estado, ante a omissão específica. Dever de garantia da integridade física do preso verificado. Dever de indenizar caracterizado. Inversão do ônus de sucumbência. Recurso provido.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 0023856-32.2010.8.24.0023 - 4a. Câ. Dir. Públ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Ricardo Roesler - Fonte: DJ, 29.11.2016).

## Na ação de improbidade administrativa a responsabilidade dos réus é solidária

Processo civil. Administrativo. Embargos de declaração no agravo re-

gimental em recurso especial. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Omissão caracterizada. Suprimento. Necessidade. Acolhimento sem efeitos infringentes. 1. A jurisprudência do STJ pacificou orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família. 2. A responsabilidade dos réus na ação de improbidade é solidária, pelo menos até o final da instrução probatória, momento em que seria possível especificar e mensurar a quota de responsabilidade atribuída a cada pessoa envolvida nos atos que causaram prejuízo ao erário. 3. No caso, considerando-se a fase processual em que foi decretada a medida (postulatória), bem como a cautelaridade que lhe é inerente, não se demonstra viável explicitar a quota parte a ser ressarcida por cada réu, sendo razoável a decisão do magistrado de primeira instância que limitou o bloqueio de bens aos valores das contratações supostamente irregulares que o embargante esteve envolvido. Dessarte, os aclaratórios devem ser acolhidos apenas para integralizar o julgado com a fundamentação ora trazida. 4. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

(STJ - Embs. de Declaração no Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1351825/BA - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Og Fernandes - Fonte: DJ, 14.10.2016).

## O atraso na entrega de imóvel financiado com recursos do programa habitacional Minha Casa Minha Vida não enseja o recebimento de indenização por lucros cessantes

Apelação cível. Atraso na entrega de imóvel por culpa exclusiva da construtora. Ausência de caso fortuito ou força maior. Lucros cessantes. Imóvel financiado com recursos do programa

habitacional “minha casa minha vida”. Impossibilidade de locação do bem. Incompatibilidade. 1. Tendo em vista que na relação jurídica negocial de compra de imóvel na planta, a sociedade empresária construtora se caracteriza como fornecedora de bens, o contrato entabulado deve ser analisado à luz do Código de Defesa do Consumidor. 2. A ocorrência de caso fortuito em razão da alegada escassez de mão de obra especializada e de entraves burocráticos para expedição do Habite-se são percalços inerentes à atividade desenvolvida pela ré, que não podem ser invocados como escusa ao descumprimento do prazo contratual para entrega do imóvel. 3. Evidenciado que o imóvel fora adquirido com recursos obtidos no âmbito do programa habitacional “Minha Casa Minha Vida”, a pretensão ao recebimento de indenização por lucros cessantes não pode ser acolhida, tendo em vista a incompatibilidade do instituto com as cláusulas do contrato de financiamento que impedem a oferta do bem para locação. 4. Recurso conhecido e provido, com a redistribuição dos ônus decorrentes da sucumbência.

(TJ/DFT - Ap. Cível n. 20150910240582APC - 3a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Alvaro Ciarlini** - Fonte: DJ, 21.11.2016).

## TRIBUTÁRIO

### Impossível a compensação de débito fiscal de ICMS com crédito de precatório adquirido de terceiro

Processual civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Decisão que inadmitiu o apelo nobre. Fundamento não impugnado. Precatórios e compensação súmula 182/STJ. Incidência. 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a impugnação de todos os fundamentos da decisão denegatória da subida do apelo especial para que seja conhecido o respectivo agravo. Logo,

a Súmula 182/STJ foi corretamente aplicada ao caso. 2. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da impossibilidade de compensação de débito fiscal de ICMS com crédito de precatório adquirido de terceiro, de natureza distinta e pessoa jurídica diversa (IPERGS)” (AgRg no AREsp 59.433/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/2/2012, DJe 13/4/2012). 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Interno no Agravo em Rec. Especial n. 966480/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Og Fernandes** - Fonte: DJ, 15.12.2016).

### Imposto de renda incide no adicional de 1/3 (um terço) de férias gozadas

Tributário. Pedido de uniformização de interpretação de Lei. Art. 18, § 3º, da Lei 12.153/2009. Imposto de renda. Adicional de 1/3 (um terço) de férias gozadas. Incidência da exação. 1. Pedido de uniformização de interpretação de lei em face de julgados divergentes oriundos de Turmas Recursais da Fazenda Pública de Unidades da Federação diferentes (Amapá e Distrito Federal), nos termos do art. 18, § 3º, da Lei 12.153/2009. 2. A jurisprudência tradicional do STJ, pacífica quanto à incidência do imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias gozadas, foi confirmada por esta Seção, sob o regime do artigo 543-C do CPC, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.459.779/MA, DJe 18/11/2015. 3. A conclusão acerca da natureza do terço constitucional de férias gozadas nos julgamentos da Pet 7.296/PE e do REsp 1.230.957/RS, por si só, não infirma a hipótese de incidência do imposto de renda, cujo fato gerador não está relacionado com a composição do salário de contribuição para fins previdenciários ou com a habitualidade de percepção dessa verba, mas, sim, com a existência, ou não, de acréscimo patrimonial, que, como visto, é patente com o recebimento do adi-

cional de férias gozadas. 4. Pedido de uniformização de interpretação de lei conhecido e provido.

(STJ - Pet. n. 10397/AP - 1a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Benedito Gonçalves** - Fonte: DJ, 19.12.2016).

### NOTA BONIJURIS: A

*jurisprudência do STJ, há algum tempo, é pacífica quanto à incidência do imposto de renda sobre o adicional de 1/3 (um terço) das férias gozadas. Confira-se, a esse propósito, o seguinte precedente da Primeira Seção, com grifos: “Tributário. Embargos de divergência - Imposto de renda - Art. 43 do CTN - Verbas: natureza indenizatória X natureza remuneratória. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas: [...] d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais; [...] (Pet 6.243/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 13/10/2008).”*

### Incide contribuição previdenciária sobre o adicional de risco de vida

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Contribuição previdenciária. Adicional de risco de vida. Incidência. Súmula 83 do STJ. Multa. Cabimento. 1. A jurisprudência firmada por ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção é no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o adicional de risco de vida, dada sua essência remuneratória (vide AgRg no REsp 1.487.979/SC, rel. o Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 09/04/2015; AgRg no REsp 1.434.963/RS, rel. o Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de

20/11/2014). Hipótese em que se aplica a Súmula 83 do STJ. 2. O recurso manifestamente improcedente atrai a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, na razão de 1% a 5% do valor atualizado da causa. 3. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.

(STJ - Ag. Interno no Rec. Especial n. 1430602/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Gurgel de Faria** - Fonte: DJ, 07.12.2016).

### **Não incide imposto de renda sobre o ganho de capital nas operações de alienação de imóvel que objetiva quitar, total ou parcialmente, débito remanescente de aquisição a prazo ou à prestação de imóvel residencial já possuído pelo alienante**

Tributário. Imposto de renda. Ganho de capital na alienação de bem imóvel residencial. IN/ SRF n. 599/2005 e art. 39 da Lei n. 11.196/2005. 1. A isenção do Imposto de Renda sobre o ganho de capital nas operações de alienação de imóvel prevista no art. 39, da Lei 11.196/2005 se aplica à hipótese de venda de imóvel residencial com o objetivo de quitar, total ou parcialmente, débito remanescente de aquisição a prazo ou à prestação de imóvel residencial já possuído pelo alienante. 2. É ilegal a restrição estabelecida no art. 2º, § 11, I, da Instrução Normativa-SRF n. 599/2005. 3. Nego provimento ao recurso especial.

(STJ - Rec. Especial n. 1469478/SC - 2a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Mauro Campbell Marques** - Fonte: DJ, 19.12.2016).

### **Sobre os adicionais de insalubridade e de transferência incide contribuição previdenciária**

Tributário. Agravo interno no recurso especial. Contribuição previdenciária. Adicional de insalubridade

e de transferência. Incidência. 1. É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre os adicionais de insalubridade e de transferência, por possuírem natureza remuneratória. Precedentes: AgInt no REsp 1.564.543/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/4/2016; AgInt no REsp 1.582.779/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/4/2016. 2. Agravo interno não provido.

(STJ - Ag. Interno no Rec. Especial n. 1605341/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Benedito Gonçalves** - Fonte: DJ, 07.12.2016).

### **Valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS/PASEP e Cofins**

Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Enunciado administrativo n. 2. Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Agravo de Instrumento. Fundamentos da decisão agravada não atacados (súmula 182 do STJ). PIS/PASEP e COFINS. Base de cálculo. Receita ou faturamento. Inclusão do ICMS. Tema já julgado em sede de recurso representativo da controvérsia. 1. Não tendo sido admitido o recurso especial na origem, com base em entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, incumbe à agravante demonstrar, no agravo de instrumento, que a orientação jurisprudencial não está pacificada no mesmo sentido do acórdão recorrido, e não simplesmente reiterar as razões do recurso denegado ou alegar que o Presidente do Tribunal *a quo* não poderia adentrar o mérito recursal. Incide na espécie, por analogia, a Súmula 182/STJ: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” 2. Este Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.144.469 - PR (Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes

Maia Filho, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.08.2016), firmou as teses de que: a) “O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações”; e b) “O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica”. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 287296/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Mauro Campbell Marques** - Fonte: DJ, 19.12.2016).



# ALTERA A LEI COMPLEMENTAR QUE DISPÕE SOBRE O ISSQN

**Lei n. 157, de 29 de dezembro de 2016**

Altera a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”.

## O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º A Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local:

.....  
XII – do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte, descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas para quaisquer fins e por quaisquer meios;

.....  
XVI – dos bens, dos semoventes ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

.....  
XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo item 16 da lista anexa;

.....  
XXIII – (VETADO);  
XXIV – (VETADO);  
XXV – (VETADO).  
.....

§ 4º (VETADO).” (NR)

“Art. 6º .....

.....  
§ 2º .....

.....  
III – (VETADO).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).” (NR)

Art. 2º A Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A: (Produção de efeito)

“Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput*, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

§ 2º É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima previstas neste artigo no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço.

§ 3º A nulidade a que se refere o § 2º deste artigo gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula.”

Art. 3º A lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar com as alterações constantes do Anexo desta Lei Complementar.

Art. 4º A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), passa a vigorar com as seguintes alterações: (Produção de efeito)

“Seção II-A

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.”

“Art. 12. ....

IV – na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

.....” (NR)

“Art. 17. ....

§ 13. Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e o art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.” (NR)

Art. 5º O art. 3º da Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º-A e 1º-B: (Produção de efeito)

“Art. 3º .....

§ 1º-A. Na hipótese de pessoa jurídica promover saídas de mercadorias por estabelecimento diverso daquele no qual as transações comerciais são realizadas, excluídas as transações comerciais não presenciais, o valor adicionado deverá ser computado em favor do Município onde ocorreu a transação comercial, desde que ambos os estabelecimentos estejam localizados no mesmo Estado ou no Distrito Federal.

§ 1º-B. No caso do disposto no § 1º-A deste artigo, deverá constar no documento fiscal correspondente a identificação do estabelecimento no qual a transação comercial foi realizada.

.....” (NR)

Art. 6º Os entes federados deverão, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei Complementar, revogar os dispositivos que contrariem o disposto no caput e no § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.

Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

§ 1º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, e no art. 10-A, no inciso IV do art. 12 e no § 13 do art. 17, todos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, somente produzirão efeitos após o decurso do prazo referido no art. 6º desta Lei Complementar.

§ 2º O disposto nos §§ 1º-A e 1º-B do art. 3º da Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990, produzirá efeitos a partir do primeiro dia do exercício subsequente ao da entrada em vigor desta

Lei Complementar, ou do primeiro dia do sétimo mês subsequente a esta data, caso este último prazo seja posterior.

Brasília, 29 de dezembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

Henrique Meirelles

Marcos Pereira

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.12.2016

ANEXO

(Lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003)

“1 – .....

1.03 – Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.

.....

1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

.....

6 – .....

.....

6.06 – Aplicação de tatuagens, piercings e congêneres.

7 – .....

.....

7.16 – Florestamento, reflorestamento, sementeira, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte e descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e dos serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas, para quaisquer fins e por quaisquer meios.

.....

11 – .....

.....

11.02 – Vigilância, segurança ou monitoramento de bens, pessoas e semoventes.

13 – .....

13.05 – Composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia, exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, caixas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS.

14 – .....

14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, plastificação, costura, acabamento, polimento e congêneres de objetos quaisquer.

14.14 – Guincho intramunicipal, guindaste e içamento.

16 – .....

16.01 – Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.

16.02 – Outros serviços de transporte de natureza municipal.

17 – .....

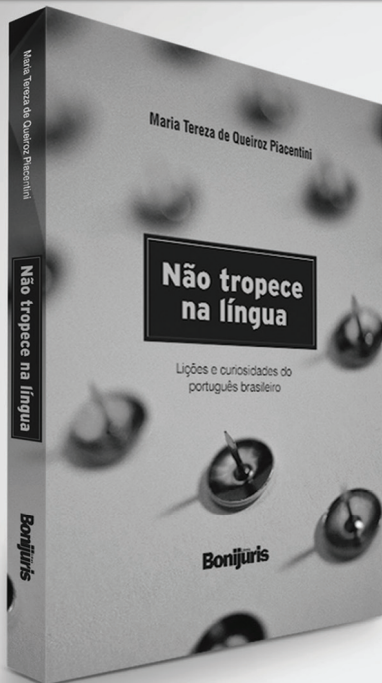
17.25 – Inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).

25 – .....

25.02 – Translado intramunicipal e cremação de corpos e partes de corpos cadavéricos.

25.05 – Cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento.

(D.O.U. de 30.12.2016 – col. 01 – p. 01)



**R\$ 79,00**  
Edição capa dura

**R\$ 59,00**  
Edição brochura

304 páginas  
21x28 cm

## Um guia prático e descomplicado do português brasileiro

Neste livro a professora **Maria Tereza** soluciona dúvidas sobre o uso cotidiano do nosso idioma, por meio de explicações práticas e claras, que nem sempre se encontram nos manuais de gramática.

**Televentas: 0800-645-4020 | (41) 3323-4020**  
[www.livrariabonijuris.com.br](http://www.livrariabonijuris.com.br)

Onde encontrar: Livraria Cultura, Livraria da Folha, Livraria Fnac, Livraria Martins Fontes, Livraria Saraiva, Livraria Siciliano, Livraria Travessa, Livrarias Catarinense, Livrarias Curitiba e SuperPedido.

**Bonijuris** Editora



# Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (II)

## Seção de Direito Privado

### Súmula 37

#### Fornecimento de medicamento

A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.

### Súmula 36

#### Servidor militar

O auxílio-transporte da Lei 6.248/88 não se aplica ao servidor militar.

### Súmula 35

#### Trabalho policial

O regime especial de trabalho policial (RETP) exclui a gratificação de trabalho noturno.

### Súmula 34

#### Complementação de aposentadoria

O empregado do metrô não tem direito à complementação de aposentadoria “ex vi” das Leis 1.386/51, 4.819/58 e 200/74.

### Súmula 33

#### Arrematação

Na execução fiscal considera-se preço vil a arrematação por valor igual ou inferior a 30% da avaliação do bem (art. 692 do CPC).

### Súmula 32

#### Recurso de revista

Inaplicável o disposto no recurso de revista n. 9.859/74 após a Lei 8.213/91.

### Súmula 31

#### Gratificações

As gratificações de caráter genérico, tais como GAP, GTE, GASS, GAM, incorporam-se aos vencimentos, provento e pensões.

### Súmula 30

#### Avaliação judicial

Cabível sempre avaliação judicial prévia para imissão na posse nas desapropriações.

### Súmula 29

#### Denúnciação da lide

Inadmissível denúnciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos.

### Súmula 28

#### Licença-prêmio

Aos admitidos na forma da Lei 500/74 são devidas sexta-parte e licença-prêmio.

### Súmula 27

#### Selic

É constitucional e legal a aplicação da taxa Selic como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária.

### Súmula 26

#### Crédito tributário

O crédito tributário decorrente de ICMS declarado e não pago prescinde de processo administrativo, notificação ou perícia para sua execução.

### Súmula 25

#### Usufrutuário

O usufrutuário não se equipara ao adquirente para o fim de aplicação do art. 8º, da Lei 8.245/91.

### Súmula 24

#### Locação verbal

A locação verbal presume-se por tempo indeterminado.

Fonte: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=8&cdArquivodownloadEdit=108>

# O USO DO ARTIGO DEFINIDO EM RELAÇÃO A PESSOAS

Maria Tereza de Queiroz Piacentini | linguabrasil@linguabrasil.com.br

Licenciada em Letras e mestra em Educação pela UFSC

Revisora da Constituição de Santa Catarina em 1989

Como posso dizer: “O edifício foi inaugurado pelo Dr. João Alencar” ou “por Dr. João Alencar”?

Você pode dizer das duas formas. A explicação é que o emprego do artigo diante de nomes próprios – precedido ou não do tratamento doutor/doutora – é facultativo, dependendo desse uso da região do Brasil e da familiaridade com que se trata a pessoa. Assim sendo, temos duas variações:

- 1) Falei com Mercedes e com Moro há pouco.
- 2) Falei com a Mercedes e com o Moro há pouco.

- 1) Nosso advogado é doutor João.
- 2) Nosso advogado é o doutor João.

- 1) O edifício foi inaugurado por Dr. Alencar.
- 2) O edifício foi inaugurado pelo Dr. Alencar.

Reiterando: o artigo junto ao nome de batismo da pessoa pode ser usado ou não. No Sul do Brasil ele sempre aparece, ao passo que em outras regiões dispensa-se o artigo sistematicamente. Em resumo:

(A) Maria Cleusa pediu que você ligasse para ela.

(O) Manoel, que trabalha na banca, mandou as revistas.

Quando o nome completo da pessoa for usado em situação formal ou se tratar de personalidade pública com quem não temos familiaridade, não se usa o artigo:

João Figueiredo pediu para ser esquecido.

Os alunos leram o livro de Rachel de Queiroz indicado pela professora.

Os Sertões é a obra-prima de Euclides da Cunha.

Os adversários de Fernando Henrique Cardoso também participaram da discussão.

Como dito acima, os nomes próprios de pessoas, quando mencionados por inteiro, não devem ter artigo; este no entanto poderá ser usado se com tal pessoa houver familiaridade, real ou pretensa:

Desejo externar agradecimentos ao Dr. Alceu Lima por sua contribuição nesta pesquisa e ao Prof. Nilo Lima pela dedicada orientação.

Por acaso me encontrei com a Vera Fisher na saída do teatro.

Vamos agradecer a ajuda da Viviane Senna na realização do projeto.

Não se usa artigo antes de pronomes de tratamento:

Espero não ter interrompido Vossa Excelência.

Sua Alteza casou-se com Dona Teresa Cristina.

Quando funcionam como pronome pessoal, os substantivos *senhor*, *senhora* e *senhorita* recebem o artigo, mas não quando têm a função de vocativo:

Se o senhor quiser, entregarei o acórdão.

Esperamos que a senhora aceite a devolução do produto.

Falei com a srta. Ana, sua secretária, antes de vir procurá-la, senhora deputada.

Ainda falando sobre pessoas, como fica o artigo nesta frase: “Apresentou-se na festa com o marido e o irmão”? Ele deve ser repetido? Sim, normalmente se repete o artigo para evitar ambiguidade, pois sem ele os dois substantivos podem designar o mesmo ser. Não seria o caso acima, porque irmãos não se casam, mas a interpretação fica diferente agora: Admiro o meu irmão e amigo (uma só pessoa). Admiro o meu irmão e o meu amigo (duas pessoas).