

Informativo comentado: Informativo 833-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO DO CONSUMIDOR

BANCO DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMIDORES

- *O gestor de banco de dados que disponibiliza para terceiros consulentes o acesso aos dados do cadastrado que somente poderiam ser compartilhados entre bancos de dados deve responder objetivamente pelos danos morais causados.*

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ADOÇÃO

- *O simples fato de o neto, concebido por inseminação artificial, coabitar residência com mãe e o avô materno e reconhecê-lo como pai, não é suficiente para afastar a proibição prevista no art. 42, § 1º, do ECA, que veda a adoção por avós.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

IMPENHORABILIDADE

- *Quem tem o ônus de provar os requisitos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural?*

DIREITO PENAL

PENA DE MULTA

- *A multa aplicada na sentença condenatória possui caráter penal; embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na LEF e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do CTN, o prazo da prescrição intercorrente é o do art. 114, II, do CP.*

LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605/1998)

- *O delito previsto no art. 54, caput, primeira parte, da Lei 9.605/1998 prescinde de prova pericial para constatação de poluição que possa resultar em danos à saúde humana.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- *Não há falar em ilegalidade na busca pessoal realizada por guardas civis municipais motivada pela atitude suspeita do réu, que, em local conhecido como de traficância, ficou nervoso ao avistar a viatura e escondeu algo na cintura.*

EXECUÇÃO PENAL (REMIÇÃO DA PENA)

- *É cabível a remição penal por aprovação no ENEM ao reeducando que já havia concluído o ensino superior antes de ingressar no sistema prisional?*

EXECUÇÃO PENAL (INDULTO NATALINO)

- *Não cabe a concessão de indulto ao condenado por crimes patrimoniais que, nos termos do art. 2º, XV, do Decreto Presidencial 11.846/2023, deixa de reparar o dano ou não comprova a impossibilidade econômica de fazê-lo.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ e CSLL

- *As despesas com ágio interno podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e CSLL quando relacionadas a operações societárias anteriores à Lei 12.973/2014?*

DIREITO DO CONSUMIDOR

BANCO DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMIDORES

O gestor de banco de dados que disponibiliza para terceiros consulentes o acesso aos dados do cadastrado que somente poderiam ser compartilhados entre bancos de dados deve responder objetivamente pelos danos morais causados

ODS 16

Caso hipotético: ALFA é uma pequena loja que vende semijoias. Para avaliar o risco de vender a prazo para seus clientes, a empresa contratou a Boa Vista S.A. (SCPC), que oferece serviço de consulta de dados dos consumidores. Regina foi comprar uns produtos na ALFA. A empresa fez então uma consulta na SCPC. Ocorre que a ALFA teve acesso não apenas ao score de crédito (pontuação que indica o risco do crédito), mas também a diversos dados pessoais de Regina como: CPF completo, nome da mãe, data de nascimento, endereços residenciais, números de telefone e outros dados cadastrais. Diante disso, Regina ajuizou ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais contra a Boa Vista S.A. Alegou que a divulgação dos seus dados, sem prévia autorização, violava o direito à privacidade e à proteção de dados, garantidos pela LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018) e pela Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011).

O STJ concordou com a autora.

De acordo com a Lei nº 12.414/2011 e a LGPD, embora o gestor de banco de dados possa realizar o tratamento de dados pessoais e abrir cadastro sem prévio consentimento, o compartilhamento de informações cadastrais é restrito a outros bancos de dados autorizados pelo BACEN. Para consulentes (como a loja ALFA), apenas é permitida a disponibilização da pontuação de crédito e do histórico de crédito, este último mediante autorização prévia do cadastrado.

A disponibilização indevida de dados pessoais para terceiros caracteriza dano moral presumido, devido ao sentimento de insegurança experimentado pela pessoa ao perceber que seus dados foram compartilhados indevidamente, o que pode favorecer a prática de atos ilícitos.

Além disso, embora não seja necessário consentimento prévio para abertura do cadastro, é obrigatória a comunicação ao cadastrado em até 30 dias, conforme previsto na legislação.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.133.261-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/10/2024 (Info 833).

Imagine a seguinte situação hipotética:

ALFA é uma pequena loja que vende semijoias.

Para avaliar o risco de vender a prazo para seus clientes, a empresa contratou a Boa Vista S.A. (SCPC), que oferece serviço de consulta de dados dos consumidores.

Regina foi comprar uns produtos na ALFA. A empresa fez então uma consulta na SCPC.

Ocorre que a ALFA teve acesso não apenas ao score de crédito (pontuação que indica o risco do crédito), mas também a diversos dados pessoais de Regina como: CPF completo, nome da mãe, data de nascimento, endereços residenciais, números de telefone e outros dados cadastrais.

Regina ficou sabendo que a ALFA teve acesso a todos esses dados pessoais e ficou preocupada com sua privacidade e segurança. Isso porque ela não havia autorizado o compartilhamento dessas informações e sequer tinha sido comunicada sobre a existência desse cadastro.

Diante disso, Regina ajuizou ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais contra a Boa Vista S.A.

A autora alegou que a divulgação dos seus dados violava o direito à privacidade e à proteção de dados, garantidos pela LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018) e pela Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011).

Regina argumentou que não foi comunicada sobre a abertura do cadastro e que, mesmo que seus dados não fossem sensíveis, sua divulgação para terceiros sem consentimento gerou uma sensação de insegurança e vulnerabilidade.

O juízo julgou os pedidos improcedentes, sentença mantida pelo Tribunal de Justiça.

Ainda inconformada, a autora interpôs recurso especial.

O STJ deu provimento ao recurso de Regina?

SIM.

O caso não se amolda ao entendimento da Súmula 550 do STJ

De início, é necessário esclarecer que a hipótese aqui apreciada no presente recurso é distinta daquela tratada no Tema 710/STJ e na Súmula 550/STJ que dele se originou.

A Súmula 550/STJ preconiza que “a utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo”.

Tanto o Tema 710/STJ, quanto a Súmula 550/STJ tratam exclusivamente da utilização/divulgação do score de crédito, prática que não se confunde com a gestão de bancos de dados pessoais dos consumidores com a respectiva disponibilização, transferência ou comercialização desses dados para terceiros.

O caso aqui discutido trata de hipótese distinta, porque se discute se o gestor de banco de dados tem o direito de coletar e disponibilizar a terceiros os dados pessoais dos consumidores, sem sua prévia comunicação e consentimento.

Quem é o gestor de banco de dados?

O gestor de banco de dados é a pessoa jurídica responsável por administrar os bancos de dados que armazenam informações, especialmente relacionadas ao crédito, para fins de proteção e análise.

A gestão de banco de dados somente é permitida por pessoas jurídicas que cumprem certos requisitos normativos e são devidamente autorizadas pelo Banco Central, conforme o art. 2º, I e II, da Lei nº 12.414/2011 c/c o art. 2º do Decreto nº 9.936/2019, o art. 6º da Resolução nº 4.737/2019 do BACEN e o art. 2º da Resolução nº 14/2020 do BACEN.

Exemplos de gestores de banco de dados reconhecidos e autorizados pelo Banco Central: Boa Vista S.A., Serasa S.A., Gestora de Inteligência de Crédito S.A. (Quod) e a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL - SPC Brasil).

O papel do gestor de banco de dados é organizar, armazenar, e tratar informações de adimplemento e outros dados cadastrais, respeitando os limites legais quanto ao compartilhamento e uso desses dados.

Microsistema de tratamento de dados pessoais

O tratamento de dados pessoais, quando envolve proteção ao crédito, submete-se a um microsistema formado:

- pelo Código de Defesa do Consumidor;

- pela Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo);
- pela Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet); e
- pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

Quais dados tratados pelas instituições de proteção do crédito podem ser disponibilizadas para terceiros? É necessário o consentimento prévio do titular?

A Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo) disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento para formação de histórico de crédito. Veja o que diz o art. 4º:

Art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a:

- I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplimento de pessoas naturais e jurídicas;
- II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo;
- III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplimento armazenadas com outros bancos de dados; e
- IV - disponibilizar a consulentes:
 - a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplimento armazenadas; e
 - b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado.

Desse modo, o gestor de banco de dados pode, sem consentimento prévio do cadastrado, abrir o cadastro com informações de adimplimento (art. 4º, I).

A Lei nº 12.414/2011 prevê quais informações podem ser disponibilizadas ao consulente, ou seja, pessoa natural ou jurídica que acessa informações em bancos de dados (art. 2º, V).

O art. 4º, IV, da Lei afirma que o gestor de banco de dados pode disponibilizar aos consulentes:

- a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplimento armazenadas; e
- b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado.

Nota-se que a hipótese da alínea “a” trata do score de crédito (pontuação de crédito) e dispensa o consentimento prévio do cadastrado, em conformidade com a Súmula 550/STJ e o Tema 710/STJ.

A única outra informação que pode ser disponibilizada aos consulentes, além do score de crédito, é o “histórico de crédito” (alínea “b”) e, para tanto, a Lei exige a prévia autorização específica do cadastrado.

O que é o histórico de crédito?

O histórico de crédito é definido pela Lei nº 12.414/2011 como o “conjunto de dados financeiros e de pagamentos, relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica”.

O histórico de crédito não abrange informações cadastrais (dados pessoais não sensíveis), hipótese do inciso III do art. 4º, cujo compartilhamento é autorizado apenas para outros bancos de dados.

Assim, embora o gestor de banco de dados para proteção do crédito possa realizar o tratamento de dados pessoais e abrir cadastro sem prévio consentimento do cadastrado, a Lei nº 12.414/2011:

- I) restringe o compartilhamento das informações cadastrais a outros bancos de dados – que são geridos por pessoas devidamente autorizadas pelo BACEN; e
- II) em relação aos consulentes, apenas autoriza a disponibilização:
 - a) da pontuação de crédito; e
 - b) do histórico de crédito, desde que autorizado previamente pelo cadastrado, em observância ao modelo de autorização do Decreto nº 9.936/2019.

Desse modo, se um terceiro consulente tem interesse em obter as informações cadastrais do cadastrado, ainda que sejam dados pessoais não sensíveis, deve ele obter o prévio e expresso consentimento do

titular, com base na autonomia da vontade, pois não há autorização legal para que o gestor de banco de dados disponibilize tais dados.

Da comunicação quanto à abertura do cadastro em banco de dados e sobre os agentes de tratamento de dados

Deve-se diferenciar a abertura do cadastro em banco de dados pelo respectivo gestor da disponibilização dos dados a terceiros.

O art. 4º, I, da Lei nº 12.414/2011 autoriza o gestor, nas condições desta lei, a “abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas”, sem exigir o consentimento prévio do cadastrado, como era antes da LC nº 166/2019.

No entanto, a dispensa do consentimento prévio para a abertura do cadastro não significa a dispensa da comunicação.

Com efeito, o § 4º do referido art. 4º é expresso ao prever que “a comunicação ao cadastrado deve:

- I) ocorrer em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo para o cadastrado;
- II) ser realizada pelo gestor, diretamente ou por intermédio de fontes; e
- III) informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados.

Registra-se que essas disposições estão em conformidade com o art. 43 do CDC, segundo o qual o consumidor “terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

O § 2º do referido dispositivo prevê que “a **abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor**, quando não solicitada por ele”.

Já o §3º atribui ao consumidor o direito de, sempre que encontrar inexactidão nos seus dados e cadastros, exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

Além disso, a necessidade de comunicação ao cadastrado – além de ser exigência expressa pela Lei nº 12.414/2011, com a redação dada pela LC nº 66/2019, e pelo CDC (pelos dispositivos acima elencados) – está em completa harmonia com o direito de informação amplamente protegido pela LGPD.

O art. 2º da LGPD aponta entre os fundamentos da disciplina da proteção dos dados pessoais o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Ao lado dos fundamentos, a LGPD estabeleceu uma série de princípios que devem ser observados nas atividades de tratamento de dados pessoais.

Destaca-se, nesse contexto, o **princípio da finalidade**, segundo o qual o tratamento de dados deve ser realizado para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades (art. 6º, I).

O **princípio da adequação**, por sua vez, preceitua que deve existir compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento (art. 6º, II).

Merece menção, ainda, o **princípio da transparência**, que garante aos titulares, informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial (art. 6º, VI).

Nesse sentido, “o consumidor tem o direito de tomar conhecimento de que informações a seu respeito estão sendo arquivadas/comercializadas por terceiro, sem a sua autorização, porque desse direito decorrem outros dois que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico: o direito de acesso aos dados armazenados e o direito à retificação das informações incorretas” (REsp 1.758.799/MG, Terceira Turma, DJe 19/11/2019).

Desse modo, **todo o microsistema de proteção de dados pessoais, impõe ao agente de tratamento o dever de informar ao titular acerca do tratamento de seus dados pessoais**. A eventual não exigência de

consentimento não significa que o consumidor não deva ser cientificado de que seus dados estão sendo utilizados e por quem, inclusive para exercer o indispensável controle, nos limites da lei.

Em síntese, embora não seja exigido o consentimento prévio para a abertura do cadastro pelo gestor de banco de dados, é necessária a comunicação ao cadastrado, inclusive sobre os demais agentes de tratamento (terceiros que obtêm acesso aos dados), destacando-se que o cadastrado pode exigir o cancelamento a qualquer momento, jamais podendo o gestor manter um cadastro contra a vontade expressa do cadastrado.

Dano moral pela disponibilização indevida de dados a terceiros

De acordo com o art. 16 da Lei nº 12.414/2011, “o banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis, objetiva e solidariamente, pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado”.

De igual forma, o art. 42 da LGPD, ao tratar da responsabilidade e do ressarcimento de danos, dispõe que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”.

Ademais, nos termos do art. 43 da referida lei, **os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:**

- I) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;
- II) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; e
- III) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Merece destaque os incisos I e II do dispositivo legal, que, interpretados a contrario sensu, conduzem à conclusão de que se houver tratamento com violação à legislação de proteção de dados estará configurada a responsabilidade do controlador ou operador.

Nesse sentido, **a disponibilização indevida (em ofensa aos limites legais) de dados pessoais pelos bancos de dados para terceiros caracteriza dano moral presumido (in re ipsa)** (REsp 1.758.799/MG, Terceira Turma, DJe 19/11/2019).

Ressalta-se que **a referida sensação de insegurança não pode ser considerada como mero dissabor**, pois se trata de uma situação praticamente irreparável, sendo quase impossível que o titular tenha o real controle sobre o tratamento de seus dados após serem disponibilizados de forma indevida a terceiros. Tal circunstância prejudica, ainda, o próprio exercício dos direitos que o titular tem em relação aos dados.

Assim, “a inobservância dos deveres associados ao tratamento (que inclui a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros) dos dados do consumidor – dentre os quais se inclui o dever de informar – faz nascer para este a pretensão de indenização pelos danos causados e a de fazer cessar, imediatamente, a ofensa aos direitos da personalidade” (REsp 1.758.799/MG, Terceira Turma, DJe 19/11/2019).

Assim, o gestor de banco de dados que disponibiliza para terceiros consulentes o acesso aos dados do cadastrado que somente poderiam ser compartilhados entre bancos de dados – como as informações cadastrais – deve responder pelos danos morais causados ao cadastrado, que decorrem, sobretudo, da sensação de insegurança gerada pela disponibilização indevida dos seus dados.

Em suma:

O gestor de banco de dados que disponibiliza para terceiros consulentes o acesso aos dados do cadastrado que somente poderiam ser compartilhados entre bancos de dados deve responder objetivamente pelos danos morais causados.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.133.261-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/10/2024 (Info 833).

Treine o assunto estudado:

Banca: Fundação Getúlio Vargas - FGV - Prova: FGV - SF - Consultor Legislativo - Área: Direito Econômico e Regulação/Direito Empresarial e do Consumidor - 2022

Além das disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores, a Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Em relação às prerrogativas e vedações ao gestor responsável pela administração de banco de dados e às fontes, assinale a afirmativa correta. A abertura de cadastro do consumidor pelo gestor requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada. (Incorreto)

ECA

ADOÇÃO

O simples fato de o neto, concebido por inseminação artificial, coabitar residência com mãe e o avô materno e reconhecê-lo como pai, não é suficiente para afastar a proibição prevista no art. 42, § 1º, do ECA, que veda a adoção por avós

Importante!!!

ODS 16

Situação hipotética: Carla, mãe solteira, optou por inseminação artificial para realizar seu sonho de ser mãe, tendo um filho, Lucas. Desde o nascimento, Lucas, agora com 5 anos, foi cuidado por sua mãe e pelo avô materno, João, a quem chama de pai.

João ingressou com ação pedindo a adoção do neto com consentimento da filha, para ser reconhecido formalmente como pai, sem retirar a maternidade de Carla.

O Ministério Público se opôs, argumentando a ausência de risco à criança, escolha consciente de família monoparental e possíveis motivações econômicas.

O STJ concordou com o MP e negou o pedido de adoção.

O STJ negou a adoção, baseando-se no art. 42, § 1º do ECA, que proíbe a adoção por ascendentes.

Embora existam casos excepcionais em que essa regra pode ser flexibilizada, o STJ estabeleceu critérios específicos para isso, como a necessidade de o adotando ser menor de idade, os avós exercerem funções parentais exclusivas desde o nascimento, e não haver conflitos familiares ou interesses econômicos envolvidos.

No caso em questão, o STJ entendeu que os requisitos para flexibilização não foram atendidos, pois não havia situação de risco (já que Carla exercia plenamente a maternidade), o avô desempenhava papel típico de avô (não de pai exclusivo), havia possível confusão patrimonial e familiar, e existiam indícios de motivação predominantemente econômica. Além disso, o caso envolvia uma família monoparental constituída por escolha consciente, protegida constitucionalmente.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.067.372-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Carla é uma mulher solteira que sempre sonhou em ser mãe.

Como não tinha um relacionamento, decidiu engravidar por meio de inseminação artificial com material genético de um doador anônimo.

Carla deu à luz a um filho, que foi chamado de Lucas.

A criança foi registrada apenas no nome da mãe.

Carla e Lucas moram com o Sr. João, 60 anos, pai de Carla e, consequentemente, avô de Lucas.

Desde que Lucas era um recém-nascido, João tratou a criança como se fosse filho. Vale ressaltar que Lucas, atualmente com 5 anos, chama João de pai.

João, com o consentimento de Carla, ingressou com ação pedindo a adoção de Lucas. O objetivo não era, obviamente, retirar a maternidade de Carla, mas apenas incluir o autor (João) como pai de Lucas para todos os fins.

O Ministério Público se opôs ao pedido argumentando que:

- não havia situação de risco que justificasse a adoção, já que Carla exercia plenamente a maternidade;
- a família monoparental havia sido uma escolha consciente de Carla;
- o simples fato de o avô dar suporte material e afetivo não caracterizava exercício de paternidade;
- a adoção geraria confusão na estrutura familiar, pois Carla se tornaria simultaneamente mãe e irmã de Lucas.
- havia interesses predominantemente econômicos envolvidos, relacionados a benefícios previdenciários.

A questão chegou até o STJ. Foi autorizada a adoção pelo avô?
NÃO.

Proteção constitucional à família monoparental e ao livre planejamento familiar

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 4º, reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. A doutrina denomina esse núcleo como família monoparental, em razão de se basear em apenas um vínculo de parentalidade.

Maria Berenice Dias explica que a formação monoparental decorre, frequentemente, de escolhas pessoais, como a ruptura de uma relação matrimonial, a opção por união livre ou a decisão de ter um filho sozinho (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 471).

O avanço científico, especialmente no campo da reprodução assistida, possibilita a realização do projeto parental por pessoas que, por diversas razões, não têm condições de concretizar a fertilização natural. Nesse contexto, destaca-se a proteção ao planejamento familiar, assegurada pelo art. 226, § 7º da Constituição Federal, que o define como livre decisão, fundamentada nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Complementando, o art. 1.565, § 2º do Código Civil prevê o dever do Estado de fornecer recursos para o exercício desse direito, vedando qualquer coerção de instituições públicas ou privadas.

O princípio do livre planejamento familiar acompanha a transformação estrutural da família, agora voltada ao molde eudemonista, que prioriza a realização e o bem-estar de seus membros. Como destaca o STJ, a família busca promover os atributos da personalidade e a dignidade de seus integrantes. (STJ. 3ª Turma. REsp 1.008.398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/11/2009).

A família monoparental merece proteção estatal. Cada vez mais, mulheres optam por engravidar sozinhas por meio de técnicas de reprodução assistida, constituindo famílias monoparentais. Eventuais críticas a essa escolha, alegando interesses egoísticos, são preconceituosas (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 475).

O reconhecimento constitucional da família monoparental como entidade familiar deve ser respeitado, principalmente quando a formação resulta de escolhas conscientes, como a inseminação artificial. Conforme observa Maria Berenice Dias, a ausência de prejuízo no desenvolvimento da criança gerada por inseminação artificial é evidente. O mais relevante é que o genitor isolado proporcione as condições necessárias para o desenvolvimento digno e afetivo do filho (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 476).

Proteção jurídica da relação avô e neto

As transformações sociais e demográficas, aliadas ao aumento da expectativa de vida, têm alterado significativamente as dinâmicas familiares, que se tornam mais verticalizadas e reúnem diferentes gerações. Na relação entre avós e netos, observa-se uma peculiar mudança: com o número de netos diminuindo, os avós conseguem dedicar maior atenção individualizada a cada um. Segundo Luís de Sousa,

“antes existiam menos avós para mais netos; agora há mais avós para menos netos.” (SOUSA, L. Avós e netos: uma relação afetiva, uma relação de afectos. Povos e Culturas, n. 10, p. 41, 1 jan. 2005).

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece e valoriza o vínculo afetivo entre avós e netos, assegurando proteção a essa relação em diversas situações:

- A família natural ou extensa tem prevalência na promoção de direitos e na proteção de crianças e adolescentes, conforme o art. 100, parágrafo único, inciso X, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
- Os avós têm preferência para serem nomeados tutores, de acordo com o art. 1.731, inciso I, do Código Civil de 2002 (CC/2002).
- O direito à prestação de alimentos estende-se a todos os ascendentes, nos termos do art. 1.698 do CC/2002.
- Há reciprocidade na obrigação alimentar entre avós e netos, conforme previsto no art. 1.696 do CC/2002.
- É possível a disposição testamentária a descendentes que, no momento do ato, não seriam herdeiros necessários, conforme o art. 2.005, parágrafo único, do CC/2002.

Esses dispositivos refletem a relevância do papel dos avós na estrutura familiar e sua contribuição para o fortalecimento dos laços afetivos e do bem-estar dos netos.

Vedação à adoção de descendentes por ascendentes

A adoção prevista no ECA insere-se no microsistema de Proteção Integral, representando uma alternativa legal para situações em que a criança ou adolescente se encontra em risco, impossibilitando sua reinserção na família natural.

A adoção é definida como “o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha” (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 571).

Entre os requisitos legais para a adoção, o art. 42, § 1º, do ECA veda que um descendente seja adotado por seu ascendente:

Art. 42 (...)

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

A proibição decorre da preservação da ordem parental natural, evitando rupturas desnecessárias na linha direta ascendente.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a vedação protege os laços naturais de parentesco, já suficientemente consolidados em razão do vínculo consanguíneo e afetivo (NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 202).

Arthur Marques da Silva Filho reforça que “a adoção deve ser compreendida como autêntico direito parental. Já existindo um vínculo natural de parentesco, não faz sentido admitir outro.” (DA SILVA FILHO, Arthur Marques. Adoção: regimento jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

Flexibilização da Regra no ECA

Apesar da vedação expressa do art. 42, § 1º, do ECA, o dispositivo tem sido excepcionalmente flexibilizado em situações específicas, fundamentadas por razões humanitárias e sociais ou para preservar relações de fato consolidadas.

Existem alguns julgados do STJ nos quais houve essa flexibilização. Vejamos:

- REsp 1.448.969/SC (STJ. 3ª Turma. DJe 03/11/2014): trata-se do caso em que os avós assumiram a criação de seu bisneto devido a abuso sexual sofrido pela mãe biológica, que engravidou aos 8 anos de

idade. Reconheceu-se a parentalidade socioafetiva dos avós, compatibilizando os arts. 6º e 42, § 1º, do ECA.

- REsp 1.635.649/SP (STJ. 3ª Turma. DJe 02/03/2018): a mãe biológica, vítima de violência sexual, enfrentava trauma psicológico que lhe impedia de exercer a maternidade. Destacou-se que, na ausência de fatores como confusão familiar, conflitos de interesses ou fraudes, seria possível flexibilizar a regra legal.
- REsp 1.796.733/AM (STJ. 3ª Turma. DJe 06/09/2019): neste caso, negou-se a adoção por bisavô, mesmo reconhecendo sua função parental, por entender que a relação natural entre os envolvidos era suficiente para atender às necessidades afetivas do adotando.
- REsp 1.587.477/SC (STJ. 4ª Turma. DJe 27/08/2020): admitiu-se a adoção conjunta por avó paterna e seu companheiro (avô por afinidade), considerando circunstâncias fáticas excepcionais, como a ausência de cuidados da mãe biológica devido a vícios e prisão, e a identificação do pai como irmão pelo adotando.

Requisitos fixados pela jurisprudência

A 4ª Turma do STJ, com base nos precedentes, estabeleceu os seguintes critérios para a excepcional admissão da adoção avoenga:

- 1) O adotando deve ser menor de idade;
- 2) Os avós devem exercer, com exclusividade, as funções parentais desde o nascimento;
- 3) Deve ser comprovada a parentalidade socioafetiva por estudo psicossocial;
- 4) O adotando deve reconhecer os avós como pais e seu pai ou mãe biológicos como irmãos;
- 5) Não deve haver conflitos familiares relacionados à adoção;
- 6) Não deve existir risco de confusão mental ou emocional ao adotando;
- 7) A adoção não pode estar fundamentada em interesses ilegítimos, como vantagens econômicas;
- 8) A adoção deve trazer reais benefícios ao adotando.

Desse modo, a vedação à adoção entre ascendentes e descendentes, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, não é absoluta. Entretanto, para sua flexibilização, é indispensável que se comprove a presença de todos os requisitos estabelecidos pela jurisprudência. O simples reconhecimento do avô como pai não é suficiente.

Voltando ao caso concreto:

No caso concreto, o STJ entendeu que os requisitos necessários para a relativização do art. 42, § 1º do ECA não estavam presentes.

- 1) Ausência de situação de risco: a criança foi gerada por técnica de reprodução assistida, em conformidade com o planejamento familiar da mãe, que exerce plenamente a maternidade. A escolha de formar uma família monoparental, com rede de apoio familiar, respeita a proteção constitucional ao livre planejamento familiar. Não há qualquer situação de risco que justifique a adoção pelo avô.
- 2) Exercício de papel avoengo: o avô materno, ainda que coabite com a criança e contribua afetiva e materialmente, atua dentro do contexto natural da relação avoenga. Não há elementos que configurem o exercício de paternidade, característica essencial para a adoção avoenga.
- 3) Reconhecimento do papel da mãe: a adoção avoenga exige que o adotando reconheça seus genitores como irmãos, o que não ocorre neste caso. O filho reconhece expressamente a mãe em seu papel materno, afastando o preenchimento deste requisito.
- 4) Possível confusão patrimonial e familiar: a adoção geraria conflito patrimonial, colocando a criança em posição de concorrência sucessória com a mãe e os tios, violando o requisito que veda conflitos familiares.
- 5) Motivação econômica predominante: a análise dos elementos do caso sugere que a vantagem econômica seria o único benefício concreto da adoção. O avô é aposentado, com renda substancial,

incluindo pensão de cônjuge falecida. Não se identifica aumento de afeto ou cuidado decorrente do vínculo formal, o que reforça o caráter econômico da motivação.

6) Confusão mental e emocional do adotando: apesar do estudo psicossocial apontar a adequação do ambiente familiar, o depoimento do menor indicou confusão quanto à percepção dos papéis familiares, especialmente sobre a possibilidade de transformação do avô em pai. Esse elemento corrobora a necessidade de respeitar a vedação legal.

Em suma:

O simples fato de o neto, concebido por inseminação artificial, coabitar residência com mãe e o avô materno e reconhecê-lo como pai, não é suficiente para afastar a proibição prevista no art. 42, § 1º, do ECA, que veda a adoção por avós.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.067.372-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Treine o assunto estudado:

Banca: Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista - VUNESP - Prova: VUNESP - TJ SP - Juiz Substituto - 2021

A respeito do instituto da adoção, é correto afirmar que:

Os avós do adotando são impedidos de adotar. (Correto)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

IMPENHORABILIDADE

Quem tem o ônus de provar os requisitos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural?

Importante!!!

ODS 16

Para que seja reconhecida a impenhorabilidade de uma propriedade rural, conforme o art. 833, VIII, do CPC, são necessários dois requisitos:

- 1) que o imóvel se caracterize como pequena propriedade rural (até quatro módulos fiscais, conforme Lei 8.629/1993); e**
- 2) que seja explorado pela família.**

É ônus do executado provar que a pequena propriedade rural é explorada pela família para fins de reconhecimento de sua impenhorabilidade.

STJ. Corte Especial. REsp 2.080.023-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/11/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1234) (Info 833).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João comprou uma máquina agrícola do fornecedor “Agromércio” e, como garantia do pagamento, assinou nota promissória no valor de R\$ 20 mil.

O devedor não efetuou o pagamento na data do vencimento, razão pela qual o fornecedor ingressou com execução de título extrajudicial, tendo sido penhorado um imóvel rural que está em nome de João.

O executado alegou que o imóvel em questão é impenhorável, considerando que se trata de pequena propriedade rural onde pratica agricultura juntamente com a mulher e os filhos.

Impenhorabilidade do pequeno imóvel rural trabalhado pela família

O art. 5º, XXVI, da CF/88 e o art. 833, VIII, do CPC estabelecem:

CF/88. Art. 5º (...)

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

CPC/Art. 833. São impenhoráveis:

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

“A norma visa proteger famílias de pequenos agricultores, sabidamente menos favorecidas, que vivem basicamente do que produzem em suas propriedades rurais. Por outro lado, verifica-se também existir o “interesse social em manter a família presa à propriedade rural. Quanto mais famílias, maior o desenvolvimento agropecuário do país” (BONAVIDES, Paulo. Comentários à constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 151).

Requisitos

Para que o imóvel rural seja impenhorável, é necessário que cumpra dois requisitos cumulativos:

- 1) seja enquadrado como pequena propriedade rural, nos termos definidos pela lei; e
- 2) seja trabalhado pela família.

O que é pequena propriedade rural (requisito 1)?

Até o momento, não há uma lei definindo o que seja pequena propriedade rural para fins de impenhorabilidade.

Diante da lacuna legislativa, a jurisprudência tem tomado emprestado o conceito estabelecido na Lei nº 8.629/93, a qual regulamenta as normas constitucionais relativas à reforma agrária.

Em seu art. 4º, II, alínea “a”, atualizado pela Lei nº 13.465/2017, consta que se enquadra como pequena propriedade rural o imóvel rural “de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento”.

O STF fixou a seguinte tese no Tema 961:

É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização.

STF. Plenário. ARE 1038507, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 961) (Info 1003).

O módulo fiscal, por sua vez, “presenta a área mínima necessária a uma propriedade rural, de modo a tornar viável a exploração econômica de um imóvel” (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas [livro eletrônico]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021) e varia de município para município, sendo determinado em hectares e em conformidade aos critérios previamente estipulados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Voltando ao exemplo:

O juiz deferiu o pedido de João e desconstituiu a penhora sobre o imóvel.

O exequente recorreu argumentando que o devedor apenas alegou, mas não provou, que o imóvel preenche os dois requisitos acima listados e que garantiriam a sua impenhorabilidade.

A tese defendida pelo exequente foi aceita pelo STJ? O que o executado tem que provar para ter direito à impenhorabilidade de que trata o art. 5º, XXVI, da CF/88 e o art. 833, VIII, do CPC? Quem tem o encargo de provar os requisitos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural?

SIM. O devedor.

Em regra, cabe à parte que faz uma alegação provar o fato correspondente. Essa distribuição do ônus da prova é feita pela lei. Assim, o autor deve demonstrar o fato que constitui o direito que pleiteia, enquanto o réu precisa provar os fatos que extinguem, impedem ou modificam esse direito (art. 373 do CPC).

No caso da impenhorabilidade, que é uma exceção ao direito de crédito do exequente, cabe ao executado (devedor) comprovar os requisitos para aplicá-la. Isso ocorre porque o devedor, em tese, responde com todos os seus bens para cumprir a obrigação (art. 789 do CPC). Portanto, é o executado quem deve demonstrar que a propriedade rural é trabalhada pela família.

Além disso, do ponto de vista da facilidade para produzir essa prova, é mais simples para o devedor, que é o proprietário do imóvel e conhece as atividades desenvolvidas nele. Contudo, em situações específicas, o juiz pode redistribuir o ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC).

Reconhecer uma presunção de que toda pequena propriedade rural é trabalhada pela família e transferir o ônus da prova ao credor seria indevido. Isso porque se estaria equiparando essa impenhorabilidade com a do bem de família, embora ambas estejam relacionadas à dignidade da pessoa humana. Enquanto o bem de família protege o direito à moradia, a pequena propriedade rural garante o sustento familiar.

Essa distinção foi destacada pelo STJ. 3ª Turma. REsp 1.591.298/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/11/2017: “A impenhorabilidade do bem de família (rural) não se confunde com a da pequena propriedade rural, ainda que ambas decorram do princípio da dignidade da pessoa humana. O bem de família garante o direito à moradia; a pequena propriedade rural assegura o sustento da família trabalhadora por meio do labor agrícola.”

O art. 833, VIII, do CPC/2015 é expresso ao condicionar o reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural à sua exploração familiar. Isentar o devedor de comprovar a efetiva satisfação desse requisito legal e transferir a prova negativa ao credor importaria em desconsiderar o propósito que orientou a criação dessa norma, o qual consiste em assegurar os meios para a manutenção da subsistência do executado e de sua família.

Uniformização da Jurisprudência

A Segunda Seção do STJ consolidou o entendimento de que cabe ao executado provar não apenas que a propriedade é pequena, mas também que ela é explorada para a subsistência familiar. Veja-se a ementa:

Para o reconhecimento da impenhorabilidade prevista no art. 833, VIII, do CPC/2015, é necessário que o imóvel seja uma pequena propriedade rural e que seja explorado pela família.

A ausência de comprovação, pela parte executada, de que o imóvel penhorado é explorado pela família afasta a incidência da proteção da impenhorabilidade.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.913.234-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/2/2023 (Info 12 – Edição Extraordinária).

Outros precedentes reforçam essa posição:

- STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.458.694/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17/6/2024, DJe 27/6/2024.
- STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 2.405.678/GO, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/11/2023, DJe 22/11/2023.

Orientações adicionais

O STJ também firmou que:

- A impenhorabilidade não exige que o débito esteja relacionado à atividade produtiva do imóvel ou que o imóvel seja a moradia do executado.
- A proteção permanece mesmo que o imóvel tenha sido dado em garantia hipotecária.

Exemplos:

STJ. 3ª Turma. REsp 1.591.298/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/11/2017.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 1.361.954/PR, julgado em 30/5/2019, DJe 30/5/2019.

Em suma:

É ônus do executado provar que a pequena propriedade rural é explorada pela família para fins de reconhecimento de sua impenhorabilidade.

STJ. Corte Especial. REsp 2.080.023-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/11/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1234) (Info 833).

DIREITO PENAL

PENA DE MULTA

A multa aplicada na sentença condenatória possui caráter penal; embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na LEF e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do CTN, o prazo da prescrição intercorrente é o do art. 114, II, do CP

Importante!!!

ODS 16

Caso hipotético: João foi condenado por tráfico de drogas a uma pena de 9 anos de reclusão e multa. Após cumprir a prisão, a multa não foi paga.

Diante da inércia do MP, a Fazenda Nacional ingressou com execução fiscal cobrando a multa. A execução foi suspensa devido à ausência de bens penhoráveis, e, após cinco anos do arquivamento provisório, o juiz extinguiu o processo com base na prescrição intercorrente, aplicando o prazo de cinco anos do art. 174 do CTN.

A Fazenda Nacional recorreu, argumentando que a multa penal mantém sua natureza criminal, mesmo se cobrada via execução fiscal, e, portanto, o prazo prescricional deveria ser o mesmo da pena privativa de liberdade aplicada (16 anos, conforme o art. 109 do CP).

O STJ concordou com a recorrente.

A nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa, de modo que, embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na Lei nº 6.830/1980 e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do CTN, o prazo prescricional continua regido pelo art. 114, II, do CP, inclusive quanto ao prazo de prescrição intercorrente.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.173.858-RN, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado por tráfico de drogas a uma pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, além de multa. Após o trânsito em julgado, João cumpriu a pena privativa de liberdade, mas não pagou a multa.

De quem é a legitimidade para executar a pena de multa?

- Prioritariamente: o Ministério Público, na vara de execução penal, aplicando-se a LEP.
- Caso o MP se mantenha inerte por mais de 90 dias após ser devidamente intimado: a Fazenda Pública irá executar, na vara de execuções fiscais, aplicando-se a Lei nº 6.830/80.

STF. Plenário. ADI 3150/DF, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 12 e 13/12/2018 (Info 927).

STF. Plenário. AP 470/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 12 e 13/12/2018 (Info 927).

É o entendimento que prevalece, por enquanto:

A jurisprudência do STJ é no sentido de que o Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, sendo que a Fazenda Pública mantém a competência subsidiária para execução dos respectivos valores.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.695.983/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/9/2024.

O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, sendo que a Fazenda Pública mantém a competência subsidiária para execução dos respectivos valores, mesmo após a alteração decorrente da nova redação do art. 51 do Código Penal pela Lei 13.964/2019.

STJ. 6ª Turma. AgRg no RMS 71.317/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 18/3/2024.

Voltando ao caso concreto:

Diante da inércia do MP, a Fazenda Nacional ingressou com execução fiscal para cobrar essa multa penal não paga.

A execução foi proposta na vara de execuções fiscais, com base no rito da Lei nº 6.830/80 (LEF).

Como não foram encontrados bens para penhora, o juiz determinou a suspensão do processo em 27/04/2017. Essa suspensão foi determinada com base no § 2º do art. 40 da LEF:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

(...)

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

Após cinco anos do arquivamento provisório o juízo de primeira instância extinguiu a execução fiscal com fundamento na prescrição intercorrente prevista no § 4º do art. 40 da LEF:

Art. 40. (...)

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Qual foi o fundamento utilizado pelo juiz para aplicar o prazo de 5 anos? De onde ele tirou esse prazo?

Do art. 174 do CTN:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

A Fazenda Nacional recorreu dessa decisão, argumentando que a multa penal, mesmo quando cobrada via execução fiscal, mantém sua natureza de sanção criminal. Assim, o prazo prescricional deveria ser o mesmo previsto nos arts. 109, 110 e 114, II, do Código Penal para a pena privativa de liberdade aplicada (16 anos no caso, por conta de a pena ser superior a 8 anos):

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:
(...)

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Para a recorrente, o simples fato de a execução da pena de multa ser regulada pela Lei de Execuções Fiscais não implicaria em mutação de sua natureza jurídica.

O STJ concordou com os argumentos da Fazenda Nacional?

SIM.

Qual é esse prazo prescricional da prescrição intercorrente prevista no art. 40 da LEF?

Depende da natureza do crédito exequendo (crédito que está sendo executado). Isso porque na execução fiscal podem ser cobrados “créditos tributários” ou “créditos não tributários”.

- Se estiver sendo executado um crédito tributário, o prazo prescricional será de 5 anos, conforme prevê o art. 174 do CTN;
- Se estiver sendo executado um crédito não tributário, terá que ser analisado qual é o prazo prescricional previsto na legislação correspondente.

Assim, o prazo da prescrição intercorrente não será, necessariamente, quinquenal.

Para os créditos de natureza não tributária, o prazo da prescrição intercorrente será idêntico ao da prescrição ordinária, estabelecido em legislação específica – ou, na inexistência desta, aquele disposto no art. 1º do Decreto 20.910/1932 STJ. 1ª Seção. REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12/09/2018 (Recurso Repetitivo – Tema 566).

Sobre o prazo de prescrição aplicável à execução de multa penal, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que a nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa.

Assim, embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na Lei nº 6.830/1980 e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do Código Tributário Nacional, o prazo prescricional continua regido pelo art. 114, II, do Código Penal.

Em suma:

A nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa, de modo que, embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na Lei nº 6.830/1980 e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do Código Tributário Nacional, o prazo prescricional continua regido pelo art. 114, II, do Código Penal, inclusive quanto ao prazo de prescrição intercorrente.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.173.858-RN, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Treine o assunto estudado:

Banca: Fundação Carlos Chagas - FCC - Prova: FCC - DPE RR - Defensor Público Substituto - 2021

A pena de multa constitui dívida de valor e deve ser cobrada pela Fazenda Pública, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. (Incorreto)

LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605/1998)

O delito previsto no art. 54, caput, primeira parte, da Lei 9.605/1998 prescinde de prova pericial para constatação de poluição que possa resultar em danos à saúde humana

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: João, dono de um bar com música ao vivo, foi denunciado pelo Ministério Público por crime ambiental (art. 54 da Lei nº 9.605/98) após medições confirmarem que o estabelecimento emitia ruídos acima do limite permitido de 50 decibéis, gerando reclamações dos vizinhos que relatavam problemas para dormir e estresse.

Na primeira instância, o juiz desclassificou a conduta para contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 42 do Decreto-Lei 3.688/41), entendendo não haver comprovação, por meio de perícia, de risco efetivo à saúde dos moradores. O Ministério Público recorreu, argumentando que o crime ambiental em questão é de perigo abstrato, não exigindo prova técnica do dano.

O STJ acolheu o recurso do Ministério Público. Isso porque o crime do art. 54, caput, da Lei nº 9.605/98 é formal e de perigo abstrato, dispensando perícia para comprovar danos à saúde humana.

Assim, basta a constatação do desrespeito às normas de emissão sonora para configurar o delito, em consonância com os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.130.764-MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 16/9/2024 (Info 833).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é proprietário de um bar localizado em uma área mista, com residências e comércios.

No local, frequentemente ocorrem eventos musicais com som ao vivo.

Moradores vizinhos começaram a reclamar do volume elevado do som durante as apresentações noturnas, afirmando que ultrapassava os limites estabelecidos pela legislação ambiental, conforme normas da ABNT (NBR 10.151). Eles relataram dificuldades para dormir, estresse e incômodo constante. Diante das reclamações, a Polícia Militar e fiscais ambientais realizaram medições sonoras no local e constataram que, durante a noite, os ruídos emitidos pelo bar estavam acima do limite de 50 decibéis estabelecido para a região.

Com base nas medições, João foi denunciado pelo Ministério Público por crime ambiental, tipificado no art. 54, caput, da Lei nº 9.605/98, que trata da poluição sonora:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

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

Na primeira instância, o juiz entendeu que, embora os ruídos fossem incômodos, não havia comprovação de que representassem risco efetivo à saúde dos moradores. Por isso, desclassificou a conduta para perturbação da tranquilidade, contravenção penal prevista no art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça.

Ainda inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando que o crime ambiental previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98 é de perigo abstrato, ou seja, não exige prova técnica de que o som acima do permitido tenha causado ou possa causar dano à saúde humana.

Logo, não seria necessária prova pericial.

O STJ concordou com os argumentos do Ministério Público?

SIM.

O crime previsto no art. 54, caput, da Lei nº 9.605/98, na sua primeira parte, é considerado um crime formal e de perigo abstrato.

Assim, para sua configuração, não é necessário exame pericial para constatar poluição que possa causar danos à saúde humana, bastando a constatação de desrespeito às normas de emissão sonora pelas instâncias ordinárias. Nesse sentido:

O delito previsto na primeira parte do art. 54 da Lei nº 9.605/98 possui natureza formal, sendo suficiente a potencialidade de dano à saúde humana para configuração da conduta delitiva, não se exigindo, portanto, a realização de perícia.

STJ. 3ª Seção. EREsp 1417279-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 11/04/2018 (Info 624).

A Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção. Assim, a possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição previsto na parte inicial do art. 54 da Lei n. 9.605/98, evidenciando sua natureza formal ou de perigo abstrato.

Não se exige a realização de perícia quando a denúncia detalha as circunstâncias da ocorrência e apresenta documentos, como o auto de infração ambiental, que demonstram a materialidade do delito.

STJ. 5ª Turma. AgRg no RMS 61.894/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 5/12/2019.

A emissão de som em desacordo com os padrões legais configura degradação da qualidade ambiental, atendendo à descrição típica do art. 54, caput, da Lei n. 9.605/98.

A denúncia que descreve adequadamente a conduta e os prejuízos à saúde humana causados pela emissão de ruídos acima dos padrões estabelecidos é suficiente para demonstrar a materialidade do crime, sem necessidade de exame pericial na fase inicial da persecução penal.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.442.333/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/6/2016.

Em suma:

O delito previsto no art. 54, caput, primeira parte, da Lei n. 9.605/1998 prescinde de prova pericial para constatação de poluição que possa resultar em danos à saúde humana.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.130.764-MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 16/9/2024 (Info 833).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

Não há falar em ilegalidade na busca pessoal realizada por guardas civis municipais motivada pela atitude suspeita do réu, que, em local conhecido como de traficância, ficou nervoso ao avistar a viatura e escondeu algo na cintura

ODS 16

Caso adaptado: guardas municipais realizaram a abordagem de um suspeito em um local conhecido por tráfico de drogas. A abordagem foi motivada pelo fato de o indivíduo ter apresentado um comportamento nervoso e ter tentado esconder algo na cintura. Durante a revista, os guardas municipais encontraram drogas e dinheiro com ele, que confessou estar vendendo entorpecentes. O indivíduo foi preso em flagrante e condenado, mas recorreu alegando ilegalidade da abordagem, sob o argumento de que as guardas municipais haviam excedido suas atribuições.

O STJ manteve a condenação.

Embora o STJ tenha delimitado as competências das guardas municipais no REsp 1.977.119/SP, reconhecendo que sua função principal é a proteção de bens, serviços e instalações municipais, o Tribunal concluiu que, neste caso, a suspeita fundada e o contexto de flagrante tornaram a ação legítima.

O STJ, ao analisar o caso, manteve a condenação, diferenciando-o do precedente REsp 1.977.119/SP. O Tribunal entendeu que não houve ilegalidade na busca pessoal realizada pelos guardas municipais, uma vez que foi motivada pela atitude suspeita do réu em local conhecido como ponto de tráfico, quando este demonstrou nervosismo ao avistar a viatura e escondeu algo na cintura.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.108.571-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Guardas municipais realizaram patrulhamento em uma área conhecida como ponto de tráfico, próximo a uma escola municipal e uma creche.

Durante o trajeto, avistaram João, que demonstrou evidente nervosismo ao perceber a presença da viatura, escondendo algo na cintura de maneira suspeita.

Diante da atitude, os agentes municipais decidiram abordá-lo e, durante a revista, localizam por dentro de sua calça, uma sacola contendo porções de cocaína, crack e maconha, além de R\$ 86,00 em notas de pequeno valor.

Questionado, João confessou que estava comercializando os entorpecentes.

Com base nos fatos, ele foi preso em flagrante, denunciado e condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

O réu, assistido pela Defensoria Pública, recorreu pleiteando a absolvição sob a alegação de nulidade da prisão, da abordagem e da apreensão realizadas pelos guardas municipais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, considerando a legalidade da atuação dos agentes. A decisão destacou que o local era reconhecido como ponto de tráfico e que a atitude suspeita do réu justificava a abordagem. Além disso, ressaltou que o art. 301 do CPP autoriza qualquer cidadão a realizar prisão em flagrante, especialmente em crimes permanentes como o tráfico de drogas:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Ainda inconformado, João interpôs recurso especial argumentando que as provas obtidas no caso eram ilícitas porque os guardas municipais excederam as suas atribuições.

Alegou que a abordagem, a revista pessoal e a apreensão das drogas foram realizadas sem a devida suspeita fundada, extrapolando o que seria permitido às Guardas Municipais.

O STJ deu provimento ao recurso do réu?

NÃO.

Nesse contexto, a atuação da Guarda Municipal não se mostrou ilegal.

Ao julgar o REsp 1.977.119/SP, a Sexta Turma do STJ, conferindo nova interpretação ao disposto no art. 244 do CPP, decidiu que:

- as Guardas Municipais podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas;
- não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais;
- só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.119-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/08/2022 (Info 746).

O STJ entendeu que a situação acima narrada, não se assemelhou ao caso concreto envolvendo o REsp 1.977.119/SP. Isso porque na situação aqui tratada o “local era conhecido como de traficância e a atitude suspeita do réu, ficando nervoso ao avistar a viatura e escondendo algo na cintura, motivaram os guardas a procederem a abordagem, na qual foram encontrados com o réu as drogas”.

Em suma:

Não há falar em ilegalidade na busca pessoal realizada por guardas civis municipais motivada pela atitude suspeita do réu, que, em local conhecido como de traficância, ficou nervoso ao avistar a viatura e escondeu algo na cintura.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.108.571-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

No mesmo sentido:

Guarda municipal pode realizar busca pessoal e domiciliar, se estiver configurada situação de flagrante de tráfico de drogas

Desde que existente a necessária justa causa, são válidas a busca pessoal e domiciliar realizadas pela Guarda Municipal quando configurada a situação de flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. STF. 1ª Turma. RE 1.468.558/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 01/10/2024 (Info 1153).

Treine o assunto estudado:

Banca: Instituto AOCB - Prova: Instituto AOCB - DPE PR - Defensor Público Substituto - 2022

Considere a seguinte situação hipotética:

Eduardo, multirrecorrente específico, foi capturado por agentes da guarda municipal por ter, supostamente, cometido o crime de furto qualificado pela escalada. Eduardo foi avistado por populares pulando um muro de 3 metros de altura de um estabelecimento comercial. Alguns minutos depois, Eduardo se evadiu do local com a quantia subtraída de R\$ 18,00. Os transeuntes acionaram a guarda municipal, repassando as características pessoais e os trajes utilizados pelo

suspeito. Cerca de 20 minutos depois do início das buscas pelas redondezas, os agentes da guarda municipal encontraram Eduardo e realizaram sua captura. Com base nessa situação, assinale a alternativa correta.
A prisão em flagrante deverá ser relaxada pelo Juiz competente na medida em que os guardas municipais têm atribuição exclusivamente para a proteção de bens, serviços e instalações do município, sendo inconstitucional a prisão em flagrante. (Incorreto)

EXECUÇÃO PENAL (REMIÇÃO DA PENA)

É cabível a remição penal por aprovação no ENEM ao reeducando que já havia concluído o ensino superior antes de ingressar no sistema prisional?

ODS 16

O apenado que, antes de ingressar no sistema prisional já havia concluído o ensino superior, faz jus à remição por estudo caso seja aprovado no ENEM?

SIM. É a posição da 5ª Turma:

A conclusão do ensino superior antes do início de cumprimento da reprimenda não impede a remição da pena pelo estudo ao reeducando que obtém aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

STJ. 5ª Turma. REsp 2.156.059-MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

NÃO. É a posição da 6ª Turma:

No caso, o apenado, ao ingressar no sistema prisional, era portador de diploma de nível superior. Em hipóteses tais, não há aquisição de novos conhecimentos, razão pela qual não há que se falar em remição por aprovação no ENEM, sob pena de destoar do escopo da norma.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 896.787/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 29/4/2024.

NOÇÕES GERAIS SOBRE A REMIÇÃO

O art. 126 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) estabelece:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

O art. 126 da LEP trata, portanto, da remição (ato de remir).

O que é a remição?

Remição é...

- o direito que possui o condenado ou a pessoa presa cautelarmente
- de reduzir o tempo de cumprimento da pena
- mediante o abatimento
- de 1 dia de pena a cada 12 horas de estudo ou
- de 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho.

É uma forma de estimular e premiar o condenado para que ocupe seu tempo com uma atividade produtiva (trabalho ou estudo), servindo, ainda, como forma de ressocialização e de preparação do apenado para que, quando termine de cumprir sua pena, possa ter menos dificuldades de ingressar no mercado de trabalho.

O tempo remido será considerado como pena cumprida, para todos os efeitos (art. 128).

Obs: a remição de que trata a LEP é com “ç” (remição). Remissão (com “ss”) significa outra coisa, qual seja, perdão, renúncia etc., sendo muito utilizada no direito civil (direito das obrigações) para indicar o perdão do débito.

Remição pelo TRABALHO	Remição pelo ESTUDO
A cada 3 dias de trabalho, diminui 1 dia de pena.	A cada 12 horas de estudo, diminui 1 dia de pena.
<i>Obs.: somente poderão ser considerados, para fins de remição, os dias em que o condenado cumprir a jornada normal de trabalho, que não pode ser inferior a 6h nem superior a 8h (art. 33).</i>	<i>Obs.: as 12 horas de estudo deverão ser divididas em, no mínimo, 3 dias.</i>
Somente é aplicada se o condenado cumpre pena em regime fechado ou semiaberto.	Pode ser aplicada ao condenado que cumpra pena em regime fechado, semiaberto, aberto ou, ainda, que esteja em livramento condicional .
Obs.: não se aplica se o condenado estiver cumprindo pena no regime aberto ou se estiver em livramento condicional.	Atenção: perceba a diferença em relação à remição pelo trabalho.

É possível a remição para condenados que cumprem pena em regime aberto?

- Remição pelo trabalho: NÃO.
- Remição pelo estudo: SIM.

Outras regras importantes sobre a remição:

- As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (§ 2º do art. 126).
- É possível que o condenado cumule a remição pelo trabalho e pelo estudo, desde que as horas diárias de trabalho e de estudo sejam compatíveis (§ 3º do art. 126).
- O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos, continuará a beneficiar-se com a remição (§ 4º do art. 126).
- O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) caso o condenado consiga concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena (§ 5º do art. 126).
- A remição pode ser aplicada para a pessoa presa cautelarmente (§ 7º do art. 126). Assim, se o indivíduo está preso preventivamente e decide trabalhar, esse tempo será abatido de sua pena caso venha a ser condenado no futuro.
- A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (§ 8º do art. 126).

REMIÇÃO EM DECORRÊNCIA DE APROVAÇÃO NO ENEM MESMO JÁ SENDO FORMADO QUANDO INICIOU O CUMPRIMENTO DA PENA

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João foi preso para iniciar o cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão.

Vale ressaltar que antes de ser preso João já havia concluído o ensino superior (já tinha terminado a faculdade).

Alguns meses depois de iniciado o cumprimento da pena, João prestou e foi aprovado no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

Diante da aprovação no ENEM, João ingressou com pedido de remição da pena por estudo.

A defesa argumentou que a Resolução nº 391/2021 assegura esse direito no art. 3º, parágrafo único:

Art. 3º (...)

Parágrafo único. Em caso de a pessoa privada de liberdade não estar vinculada a atividades regulares de ensino no interior da unidade e realizar estudos por conta própria, ou com acompanhamento pedagógico não-escolar, logrando, com isso, obter aprovação nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio (Encceja ou outros) e aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem, será considerada como base de cálculo para fins de cômputo das horas visando à remição da pena 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, fundamental ou médio, no montante de 1.600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1.200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, conforme o art. 4º da Resolução no 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, acrescida de 1/3 (um terço) por conclusão de nível de educação, a fim de se dar plena aplicação ao disposto no art. 126, § 5º, da LEP.

O pedido da defesa foi acolhido pelo STJ? O apenado que, antes de ingressar no sistema prisional já havia concluído o ensino superior, faz jus à remição por estudo caso seja aprovado no ENEM?

Existe divergência dentro do STJ:

SIM.

A conclusão do ensino superior antes do início de cumprimento da reprimenda não impede a remição da pena pelo estudo ao reeducando que obtém aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

STJ. 5ª Turma. REsp 2.156.059-MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

O art. 126 da Lei de Execução Penal determina que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. Como resultado de uma interpretação analógica in bonam partem da referida norma é possível hipóteses de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal.

Nessa linha, a Resolução CNJ n. 391/2021 prevê que faz jus à remição o apenado que, embora não esteja vinculado a atividades regulares de ensino, realiza estudos por conta própria e obtém aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio. Quanto à abrangência dessa hipótese, a Terceira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 1.979.591/SP, decidiu que é possível a remição da pena por aprovação no ENEM ainda que o reeducando já tenha concluído o ensino médio anteriormente ao início do resgate da reprimenda.

De fato, as normas da execução penal, notadamente aquela relacionada à remição pelos estudos, deve ser interpretada de modo mais favorável ao réu, especialmente em razão de inexistir, na regra contida no art. 126 da LEP, restrição à concessão do referido direito àqueles que já tenham concluído o ensino médio ou superior.

É esse caminho interpretativo que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado nas controvérsias relacionadas ao tema, porquanto vem considerando devidas benesses executórias que, apesar de não terem expressa previsão legal, prestigiam a ressocialização do recluso, como na espécie.

Ademais, não se trata de se conferir espécie de crédito contra a justiça, porquanto a remição não é concedida pelo simples fato de o apenado já ter formação superior, mas, sim, por ele ter obtido êxito na aprovação do Exame Nacional do Ensino Médio por meio de conhecimentos por ele adquiridos.

NÃO.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n. 44/2013, posteriormente substituída pela Resolução n. 391/2021, estabeleceu a possibilidade de concessão de remição de pena à pessoa privada de

liberdade, que, por meio de estudos por conta própria, vier a ser aprovada nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio (Encceja ou outros) e aprovação no ENEM.

O STJ, no julgamento do EREsp 1.979.591/SP (DJe de 13/11/2023), consolidou entendimento de que é admitida a remição da pena, por aprovação no ENEM ou no Encceja, dos apenados que ingressaram no sistema penitenciário após a conclusão do ensino médio.

No caso, contudo, o apenado, ao ingressar no sistema prisional, era portador de diploma de nível superior. Em hipóteses tais, não há aquisição de novos conhecimentos, razão pela qual não há que se falar em remição por aprovação no ENEM, sob pena de destoar do escopo da norma.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 896.787/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 29/4/2024.

EXECUÇÃO PENAL (INDULTO NATALINO)

Não cabe a concessão de indulto ao condenado por crimes patrimoniais que, nos termos do art. 2º, XV, do Decreto Presidencial 11.846/2023, deixa de reparar o dano ou não comprova a impossibilidade econômica de fazê-lo

ODS 16

Caso hipotético: João foi condenado por dois furtos qualificados (em 2019 e 2023), totalizando pena de 7 anos e 3 meses. Após cumprir mais de 1/3 da pena, pediu o indulto natalino previsto no inciso I do art. 2º do Decreto Presidencial nº 11.846/2023.

O juiz indeferiu o pedido aplicando o princípio da especialidade, entendendo que o caso se enquadrava no inciso XV do mesmo artigo, que trata especificamente de crimes patrimoniais e exige a reparação do dano ou comprovação de impossibilidade de fazê-lo.

A defesa recorreu, argumentando que os incisos I e XV tratam de situações diferentes e que a reparação do dano não seria aplicável devido à ausência de valores indenizatórios definidos.

O STJ manteve a negativa do indulto, confirmando que, para crimes patrimoniais, aplica-se o inciso XV do art. 2º do Decreto Presidencial nº 11.846/2023, sendo necessário o cumprimento do requisito de reparação do dano ou comprovação da impossibilidade econômica de fazê-lo, o que não ocorreu no caso concreto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 935.027-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 30/9/2024 (Info 833).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado duas vezes pelo crime de furto qualificado:

- em 2019, tendo recebido a pena de 3 anos e 7 meses de reclusão em regime inicial fechado;
- em 2023, a 3 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial semiaberto.

Em 16/01/2024, a situação era a seguinte:

Pena total: 7 anos e 3 meses.

Pena cumprida: 4 anos e 6 meses.

Pena a cumprir: 2 anos e 9 meses.

A Defensoria Pública, alegando que o apenado já cumpriu mais de 1/3 da pena, pediu a concessão do indulto natalino previsto no art. 2º, I, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023:

Art. 2º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes:

I - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, por crime praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2023, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço da pena, se reincidentes;

(...)

O juiz indeferiu o pedido, sob o argumento de que as condenações que recaíam sobre João referem-se a crimes contra o patrimônio (furto), hipótese que se amolda ao inciso XV, do art. 2º, que exige, além do requisito temporal, que o apenado tenha reparado o dano causado até 25/12/2023 ou comprovado a impossibilidade de fazê-lo:

Art. 2º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes:

(...)

XV - condenadas por crime contra o patrimônio cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, desde que tenham cumprido um quinto da pena, se não reincidente, ou um quarto da pena, se reincidente, e reparado o dano até 25 de dezembro de 2023, exceto se houver inocorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo; e

O juiz ressaltou que, em razão do princípio da especialidade, não incidiria a regra geral prevista no inciso I do art. 2º.

O réu recorreu contra a decisão.

Argumentou que não seria viável aplicar o princípio da especialidade para negar o direito ao indulto no caso, pois o inciso I apresenta exigências mais rigorosas – pena de até oito anos e cumprimento de 1/4 da pena para primários ou 1/3 para reincidentes – enquanto o inciso XV trata especificamente de crimes patrimoniais, sem limitação de pena e com menor cumprimento exigido (1/5 para primários e 1/4 para reincidentes), desde que o dano seja reparado até 25 de dezembro de 2023, salvo em casos de inexistência de dano ou incapacidade econômica de reparação.

Concluiu que os incisos I e XV tratam de situações diferentes e que o inciso XV não reúne todos os elementos do inciso I para ser considerado uma norma especial. Assim, o fato de o apenado não atender ao inciso XV exigiria que o juiz analisasse a possibilidade de indulto com base no inciso I.

Além disso, sustentou que o requisito de “reparação do dano” não seria aplicável, pois as condenações não estabeleceram valores indenizatórios líquidos e certos. Alegou também que João está preso há muito tempo, perdeu os meios de sustento e depende de ajuda externa, o que demonstra a impossibilidade de reparar eventual dano.

A questão chegou até o STJ. O Tribunal concordou com os argumentos da defesa?

NÃO.

No caso concreto, João, condenado reincidente por furtos qualificados, que causaram prejuízo às vítimas, requereu o indulto com base no art. 2º, I, do Decreto Presidencial nº 11.843/2023.

O pedido foi negado, e o Tribunal de Justiça manteve a decisão, fundamentando-se no inciso XV do art. 2º do mesmo decreto.

O inciso I do decreto prevê o indulto para crimes sem violência ou grave ameaça. O inciso XV, por sua vez, estabelece regra específica para crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, condicionando a concessão do benefício à reparação do dano ou à comprovação de absoluta incapacidade de fazê-lo.

No caso concreto, a ausência de comprovação de reparação ou incapacidade econômica levou à negativa do benefício, evidenciando a necessidade de cumprimento dos requisitos objetivos mínimos para a concessão do indulto natalino.

Em suma:

Não cabe a concessão de indulto ao condenado por crimes patrimoniais que, nos termos do art. 2º, XV, do Decreto Presidencial n. 11.846/2023, deixa de reparar o dano ou não comprova a impossibilidade econômica de fazê-lo.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 935.027-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 30/9/2024 (Info 833).

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ e CSLL

As despesas com ágio interno podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e CSLL quando relacionadas a operações societárias anteriores à Lei 12.973/2014?

ODS 16

Caso adaptado: a empresa de transporte municipal ALFA, enfrentando dificuldades financeiras entre 2004 e 2005, realizou uma reestruturação societária por meio da criação da BETA S/A em 2005, que se tornou sua controladora ao incorporar suas ações. Essa operação envolveu a avaliação da ALFA com um ágio de R\$ 16 milhões, baseado na diferença entre seu valor contábil (R\$ 15 milhões) e de mercado (R\$ 31 milhões). O ágio foi registrado como reserva de capital na BETA, com a expectativa de rentabilidade futura. Posteriormente, em 2007, ocorreu uma incorporação reversa, onde a ALFA absorveu a BETA e o ágio foi registrado como ativo diferido, sendo amortizado em 72 meses para reduzir a base tributável do IRPJ e CSLL.

No entanto, a Receita Federal identificou que toda a operação foi realizada internamente no mesmo grupo econômico, sem transações reais com terceiros, configurando um ágio "interno" criado artificialmente para fins fiscais. Como resultado, a ALFA foi autuada, gerando um crédito tributário de R\$ 2,78 milhões devido à glosa das despesas com amortização do ágio. A empresa argumentou que os atos estavam dentro da legislação vigente na época, mas a Fazenda Nacional contestou, afirmando que tais práticas configuravam planejamento tributário abusivo, sem propósito comercial real, e, portanto, não poderiam gerar deduções fiscais.

O STJ decidiu em favor da Fazenda Nacional, concluindo que:

Não é possível a dedução de despesas com ágio interno da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, relacionadas a operações societárias realizadas antes do advento da Lei nº 12.973/2014, nas hipóteses em que constatada a criação de pessoa jurídica, sem correspondência econômica, para servir como transmissora de ágio meramente contábil no contexto de incorporação reversa.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.152.642-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Em sentido contrário:

O Fisco não pode promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela empresa com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas e mediante o emprego de empresa-veículo.

Não é cabível à Fazenda impedir a dedutibilidade do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", não podendo presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.026.473-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

Imagine a seguinte situação adaptada:

A VIAÇÃO ALFA era uma empresa de transporte municipal de passageiros.

A empresa passou por dificuldades financeiras entre os anos de 2004 e 2005.

Em razão desses fatos, a ALFA decidiu fazer a reestruturação de seu negócio, com as seguintes etapas.

Criação de uma nova empresa (BETA S/A) e incorporação das ações da ALFA

Em 2005, foi criada a empresa BETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, com o propósito de reestruturar o grupo.

Em 2006, a BETA incorporou as ações da ALFA, tornando-a subsidiária integral.

Nessa operação de incorporação, a ALFA foi avaliada de duas formas:

- Valor contábil: R\$ 15 milhões. Representa o valor da empresa baseado nos registros contábeis, ou seja, o que está declarado em seu balanço patrimonial (ativos menos passivos).
- Valor de mercado: R\$ 31 milhões. É o valor que a empresa teria se fosse vendida, levando em conta outros fatores, como sua capacidade de gerar lucros no futuro, posição no mercado, e expectativas econômicas.

A diferença entre o valor contábil (R\$ 15 milhões) e o valor de mercado (R\$ 31 milhões) é de R\$ 16 milhões. Essa diferença ocorre porque o valor contábil não reflete necessariamente o potencial de geração de lucros futuros da empresa nem outros fatores intangíveis que podem aumentar seu valor percebido no mercado.

Registro como “Reserva de Capital – Ágio”

Os sócios reconheceram esses R\$ 16 milhões como um ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura da empresa. Essa quantia foi registrada na contabilidade como uma reserva de capital, que é uma forma de patrimônio da empresa, mas que não está disponível como caixa.

Ágio: é o nome dado à diferença positiva entre o valor de mercado e o valor contábil de uma empresa.

Reserva de capital: esse ágio não é registrado como lucro ou receita, mas sim como uma reserva de capital, porque reflete um “sobrepço” pago com base na expectativa de resultados futuros.

Por que isso é importante?

O registro do ágio como reserva de capital é relevante para operações futuras, como:

- amortização do ágio, que pode reduzir a base de cálculo de impostos (IRPJ e CSLL).
- reestruturações societárias, como fusões ou incorporações, nas quais o ágio pode ser utilizado.

No entanto, se o ágio for considerado “interno” (ou seja, gerado artificialmente dentro do mesmo grupo econômico, sem uma transação real com terceiros), ele pode ser questionado pela Receita Federal, como aconteceu nesse caso. Veremos mais à frente.

Incorporação reversa

Em 2007 ocorreu a incorporação da BETA pela ALFA. Houve, portanto, uma incorporação reversa.

A empresa BETA, que inicialmente controlava a ALFA, foi incorporada pela própria ALFA. A BETA deixou de existir como pessoa jurídica, e todos os seus ativos, passivos e patrimônio foram transferidos para a ALFA.

Devido a essa incorporação, o capital social da ALFA aumentou R\$ 16 milhões.

Por que o capital social da ALFA aumentou em R\$ 16 milhões?

Na incorporação anterior (2006), quando a BETA adquiriu as ações da ALFA, foi registrado um ágio de R\$ 16 milhões, devido à diferença entre:

- O valor contábil da ALFA (R\$ 15 milhões) e
- O valor de mercado da ALFA (R\$ 31 milhões).

Esse ágio estava registrado no balanço da BETA como uma reserva de capital.

Assim, com essa incorporação reversa, a ALFA contabilizou o ágio em conta de ativo diferido.

O que é um ativo diferido? É uma conta contábil usada para registrar despesas ou investimentos que serão amortizados ou reconhecidos gradualmente ao longo do tempo.

Após a incorporação reversa, a ALFA registrou o ágio (R\$ 16 milhões) como um ativo diferido, baseado na expectativa de geração de lucro futuro.

Amortização do ágio e impacto fiscal

A ALFA começou a amortizar o ágio em sua contabilidade. Isso significa que o valor do ágio foi sendo gradualmente reconhecido como uma despesa ao longo de 72 meses (6 anos).

Assim, todos os meses, ela registrava R\$ 192.835,12 como despesa por esse ágio que supostamente ela pagou.

Essa amortização permitiu à ALFA reduzir sua base de cálculo para o IRPJ (Imposto de Renda de Pessoa Jurídica) e a CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido). Ao diminuir a base tributável, a empresa pagava menos esses tributos já que eles são calculados com base no lucro da empresa.

Qual é o fundamento legal para essa amortização?

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e do art. 20, § 2º, “b”, do Decreto-Lei n. 1.598/77 (vigente na época dos fatos):

Lei nº 9.532/97

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(...)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de (...)

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

Decreto-Lei n. 1.598/77

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(...)

~~§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:~~

~~a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;~~

~~b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;~~

~~c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.~~

~~(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)~~

Autuação pela Receita Federal

Durante fiscalização, os Auditores da Receita Federal notaram que toda essa operação ocorreu dentro do mesmo grupo econômico com os mesmos sócios, ou seja, o ágio registrado nas operações era interno, gerado artificialmente para gerar vantagem fiscal.

A BETA, no caso, seria mera “empresa de veículo patrimonial”, criada tão somente para servir de passagem de patrimônio ou dinheiro, tendo sua essência sido a geração de ágio artificial, jamais tendo efetuado qualquer ato comercial.

Em razão disso, a empresa foi autuada pela Receita Federal, o que resultou em um crédito tributário, já acrescido de multa, no valor de R\$ 2.784.955,23, referente à glosa de despesas dos anos-calendários de 2007 e 2008.

Glosa de despesas significa que a Receita Federal desconsiderou as despesas declaradas pela ALFA como amortização do ágio. A Receita disse que isso não poderia ser usado para reduzir o valor do IRPJ e da CSLL já que eram operações internas.

Execução fiscal

O crédito foi inscrito em dívida ativa e, como não houve pagamento, ensejou a propositura de uma execução fiscal.

Citada, a ALFA ofereceu embargos do devedor.

Alegou que as incorporações se deram em razão da reestruturação do grupo e que todos os atos praticados seguiram estritamente a legislação vigente. Por essa razão, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.

Segundo a empresa, o aproveitamento do denominado “ágio interno” somente passou a ser expressamente vedado pela legislação após a edição da Lei nº 12.973/2014.

Sendo assim, como a constituição de uma nova empresa (BETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da ALFA, ocorreu antes da vigência da Lei nº 12.973/2014, não haveria violação à norma legal, motivo pelo qual o auto de infração deveria ser anulado.

Impugnação da Fazenda Nacional

A Fazenda Nacional alegou que o planejamento fiscal abusivo de fabricar despesa tributária por meio de reestruturações societárias realizadas dentro do grupo empresarial com o único propósito de gerar o ágio interno não poderia ser admitido, porque tais operações não possuem materialidade econômica e, via de consequência, não ocorre a subsunção à norma fiscal redutora de base, prevista no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

A criação de um ágio fictício, simulado, que não apresenta nenhum propósito comercial e substrato econômico a justificar a sua existência real, não permite a dedução da despesa com sua amortização nos termos previstos pela legislação tributária.

Regra geral, o ágio tem efeitos fiscais apenas para determinar a perda ou ganho de capital no momento da alienação ou liquidação do investimento. Isso, porque o ágio, desde que efetivamente pago, representou um custo para a empresa investidora quando esta adquiriu o investimento em momento anterior.

Como o ágio corresponde a um investimento da empresa com perspectiva futura de lucro, esse valor pode ser deduzido da base de cálculo do IRPJ, por não corresponder efetivamente a um ganho de capital.

Acrescentou que a interpretação conjunta entre o art. 7º da Lei nº 9.532/97 e o art. 20 do Decreto-lei 1.578/1977, à luz da exposição de motivos do benefício fiscal, levam à inafastável conclusão de que a exigência de partes independentes configura um pressuposto para a constituição do ágio, tanto que a menção foi incorporada expressamente pela Lei 12.973/14, afastando as interpretações abusivas que permitiam os planejamentos anteriormente engendrados.

Desse modo, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Sem que ocorra troca de riquezas e do controle do investimento, não há que se falar em real aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio. Ademais, não é admissível que apenas por meio de reestruturação societária interna, na qual não há alteração patrimonial, seja possível gerar despesa dedutível tributariamente.

Para reforçar a tese de ausência de subsunção da norma ao caso concreto, pontuou que “pelo art. 7º da Lei 9.532/97, somente pode ser amortizado fiscalmente o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, que deve ser demonstrada como possível (artigos 385 e 386 do RIR/99, aplicável ao

tempo dos fatos). Esse fundamento exige que o ágio tenha sido pago em razão de a investidora ter adquirido uma expectativa de lucro, uma riqueza futura que antes ela não possuía. Contudo, se a empresa já integra o mesmo grupo econômico, não há aquisição dessa riqueza esperada, sendo incompatível a expectativa de rentabilidade futura por um investimento já detido”.

O STJ concordou com a empresa ou com a Fazenda Nacional?

Com a Fazenda Nacional.

Delimitação da controvérsia

A controvérsia gira em torno da possibilidade de dedução de despesas com ágio interno da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, relacionadas a operações societárias realizadas antes do advento da Lei n. 12.973/2014, nas hipóteses em que constatada a criação de pessoa jurídica, sem correspondência econômica, para servir como transmissora de ágio meramente contábil no contexto de incorporação reversa.

Conceito de ágio sob as perspectivas contábil, societária e fiscal

De forma sucinta, o ágio pode ser conceituado como sendo um preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora.

Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

Essa última hipótese, qual seja, de amortização de ágio autorizada na fusão, incorporação ou cisão de sociedade, veio a ser melhor disciplinada com o advento da Lei n. 9.532/1997. Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Vejamos:

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Caso dos autos X situação narrada na exposição de motivos da MP 1.602/1997

A situação narrada na exposição de motivos como exemplo de planejamento tributário é menos grave do que a vista no caso em exame, pois a hipótese mencionada é da aquisição de empresas que efetivamente tiveram existência real e econômica, porém foram adquiridas quando já deficitárias, tendo por único propósito a criação de oportunidade de dedução de ágio das bases tributáveis.

No caso em análise, entretanto, a empresa teve existência apenas formal, sem real operacionalidade, criada para que servisse de trânsito de ágio.

Seria evidente, portanto, que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito negocial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

Abuso de direito

Uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma. Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

A liberdade de contratar é afeta a qualquer cidadão e não pode ser obstada. No entanto, o que se deve coibir é o abuso de direito.

No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica.

Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito negocial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há “empresa” nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica.

Nesse cenário, não seriam admissíveis as conclusões da Corte de Origem nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos. É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira “casual”. O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o *rule of law*, consagrado no Texto Constitucional como o chamado “devido processo legal substantivo”.

E é neste ponto que o abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia.

Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem qualquer propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização

dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

Em suma:

Não é possível a dedução de despesas com ágio interno da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, relacionadas a operações societárias realizadas antes do advento da Lei n. 12.973/2014, nas hipóteses em que constatada a criação de pessoa jurídica, sem correspondência econômica, para servir como transmissora de ágio meramente contábil no contexto de incorporação reversa.

O ágio é dedutível na apuração de IRPJ e CSLL somente quando justificado por propósito negocial real e amparado pelo ordenamento jurídico, sendo vedado o uso de estruturas artificiais para benefícios fiscais. A prática de amortização de ágio gerado em operações internas, sem propósito negocial, caracteriza abuso de direito e contraria os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, permitindo a glosa dos créditos pela autoridade fiscal.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.152.642-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 5/11/2024 (Info 833).

Cuidado: existe julgado em sentido contrário da 1ª Turma do STJ.

O Fisco não pode promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela empresa com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas e mediante o emprego de empresa-veículo

Não é cabível à Fazenda impedir a dedutibilidade do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”, não podendo presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.026.473-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/9/2023 (Info 786).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) O gestor de banco de dados que disponibiliza para terceiros consultantes o acesso aos dados do cadastrado que somente poderiam ser compartilhados entre bancos de dados deve responder objetivamente pelos danos morais causados. ()
- 2) O simples fato de o neto, concebido por inseminação artificial, coabitar residência com mãe e o avô materno e reconhecê-lo como pai, é suficiente para afastar a proibição prevista no art. 42, § 1º, do ECA, que veda a adoção por avós. ()
- 3) É ônus do executado provar que a pequena propriedade rural é explorada pela família para fins de reconhecimento de sua impenhorabilidade. ()
- 4) A nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa, de modo que o prazo prescricional continua regido pelo art. 114, II, do Código Penal, inclusive quanto ao prazo de prescrição intercorrente. ()
- 5) O delito previsto no art. 54, caput, primeira parte, da Lei n. 9.605/1998 prescinde de prova pericial para constatação de poluição que possa resultar em danos à saúde humana. ()
- 6) Há ilegalidade na busca pessoal realizada por guardas civis municipais motivada pela atitude suspeita do réu, que, em local conhecido como de traficância, ficou nervoso ao avistar a viatura e escondeu algo na cintura. ()
- 7) A conclusão do ensino superior antes do início de cumprimento da reprimenda não impede a remição da pena pelo estudo ao reeducando que obtém aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). ()

- 8) Não cabe a concessão de indulto ao condenado por crimes patrimoniais que, nos termos do art. 2º, XV, do Decreto Presidencial n. 11.846/2023, deixa de reparar o dano ou não comprova a impossibilidade econômica de fazê-lo. ()
- 9) É possível a dedução de despesas com ágio interno da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, relacionadas a operações societárias realizadas antes do advento da Lei n. 12.973/2014, nas hipóteses em que constatada a criação de pessoa jurídica, sem correspondência econômica, para servir como transmissora de ágio meramente contábil no contexto de incorporação reversa. ()

Gabarito

1. C	2. E	3. C	4. C	5. C	6. E	7. C	8. C	9. E
------	------	------	------	------	------	------	------	------